

MASTER'S THESIS

De democratie onder curatele of een andere vorm van democratie? Over het Urgenda-arrest en de tegendemocratie

Folsche, N.

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Constitutional Law, Administrative Law and Legal Theory

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De democratie onder curatele of een andere vorm van democratie?

Over het Urgenda-arrest en de tegendemocratie



Student: N. (Niels) Folsche
Studentnummer: 851587059
Begeleider: dr. J. (Jasper) Doomen
Examinator: prof. dr. C.M. (Carla) Zoethout
Aantal woorden: 13365
Inleverdatum: 26 november 2020

Inhoudsopgave

Gebruikte afkortingen.....	4
Inleiding	5
Aanleiding.....	5
Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie	6
Probleemstelling.....	6
Methode van onderzoek	7
Leeswijzer.....	7
1 De 'democratie' en 'tegendemocratie' van Rosanvallon.....	8
1.1 Democratie	8
1.2 Tegendemocratie.....	9
1.2.1 De toezichtmachten	10
1.2.2 Belemmering	11
1.2.3 Het volk als rechter	12
1.3 Commentaar op Rosanvallon	14
2. Het liberale wantrouwen en het democratische wantrouwen in de Nederlandse democratische rechtsstaat	16
2.1 Het liberale wantrouwen	16
2.2 De rechterlijke macht.....	18
2.3 Democratie.....	21
2.4 Het democratisch wantrouwen	25
3. Het Urgenda-arrest	27
3.1 Het actierecht van artikel 3:305a BW.....	27
3.2 De reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM.....	28
3.3 De concretisering van de verplichtingen van de Staat.....	29
3.4 Het door de Staat gevoerde beleid	31
3.5 De taakverdeling tussen de rechter, regering en wetgever.....	32
4. Een aanvaardbare verhouding?	34
4.1 Procederende actiegroepen.....	34
4.2 De rechtsprekende macht.....	35
4.3 De uitvoerende macht	36

4.4 De wetgevende macht.....	36
4.5 Aanvaardbare verhouding?.....	36
Conclusie.....	38
Literatuurlijst.....	42
Jurisprudentie.....	46

Gebruikte afkortingen

afl.	Aflevering
BW	Burgerlijk Wetboek
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
Rb.	Rechtbank
VROM	ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer

Inleiding

Aanleiding

De aanleiding van dit onderzoek is de uitspraak van de Hoge Raad in de klimaatzaak Urgenda en de discussie die hieromtrent is ontstaan.¹ Een onderdeel van deze discussie was de trias politica en de verhouding van de rechter ten opzichte van de democratisch verkozen wetgever. De Hoge Raad zou zich bezighouden met beleidskeuzes die zijn voorbehouden aan een democratisch gelegitimeerd lichaam. In deze discussie zeggen sommige auteurs ook dat de uitspraak van de Hoge Raad een vorm van 'tegendemocratie' is.²

'Tegendemocratie' is een theorie van Pierre Rosanvallon. Pierre Rosanvallon is een Franse activist, historicus en politiek denker. In zijn meest recente publicaties gaat hij in op de erosie van het politieke vertrouwen, de afnemende legitimiteit van politieke instellingen, het verbleken van de zeggingskracht van het ideaal van gelijkheid en het democratisch tekort van de uitvoerende macht. Pierre Rosanvallon levert met zijn publicaties een belangrijke bijdrage aan het debat dat gevoerd wordt over de democratie.³

Wat mij het meest aanspreekt in de theorie van Rosanvallon is dat hij zegt dat om de democratie te verwezenlijken we de democratie complexer moeten maken in de zin van veralgemenen en integraal maken.⁴ In het debat over democratie wordt door sommigen gesproken over een 'uitholling van de democratie' en een 'postdemocratie'.⁵ Aan deze negatieve scenario's geeft Rosanvallon met zijn 'tegendemocratie' een positief tegenwicht. Rosanvallon stelt dat uit bepaalde democratische tekortkomingen verschillende vormen van 'tegendemocratie' ontstaan. Deze vormen van 'tegendemocratie' zijn niet antidemocratisch, maar juist een vorm van democratie die de andere vorm als een steunboog versterkt.⁶

Mijn interesse was gewekt. Ik wilde mij meer verdiepen in het denken van Rosanvallon en ik wilde zijn theorie toepassen op het arrest van de Hoge Raad in de klimaatzaak Urgenda. Met dit onderzoek wil ik de theorie van Rosanvallon toepassen op het Urgenda-arrest van de Hoge Raad en zo onderzoeken hoe de 'tegendemocratie' functioneert in de praktijk. Is het inderdaad die steunboog die de democratie versterkt?

¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

² Zie bijvoorbeeld Van Gestel & Loth, AA 2019/0647.

³ Rosanvallon 2019, p. 7-8.

⁴ Rosanvallon 2019, p. 159-177.

⁵ Spoormans, *De Uitholling van de Democratie* 2018;

⁶ Rosanvallon 2019, p. 76.

Wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie

Met dit onderzoek wil ik de theorie van Rosanvallon toepassen op de praktijk. Er wordt gezegd dat de uitspraak van de Hoge Raad in het Urgenda-arrest een vorm van 'tegendemocratie' is, maar het is de vraag of dit ook daadwerkelijk zo is. Als dit al een vorm van 'tegendemocratie' kan zijn, is deze vorm van democratie dan toepasbaar in onze democratische rechtsstaat?

In de huidige maatschappij lijkt men te zien dat er steeds meer rechtszaken worden aangespannen om de overheid ter verantwoording te roepen. Kijkend naar het jaar 2020 zien we de volgende rechtszaken: een vordering tot het verplicht repatriëren van uitgereisde Nederlandse IS-vrouwen,⁷ Stop5G, die de uitrol van het 5G-netwerk wil stoppen,⁸ een kort geding over de coronamaatregelen waarbij de eisers een volledige lockdown eisen,⁹ een kort geding waarbij actiegroep Viruswaan (stichting Viruswaarheid.nl) eist dat de Staat de Covid-19 maatregelen intrekt¹⁰ en een kort geding van een aantal horecaondernemers tegen de Staat waarbij zij eisen dat de verplichte sluiting van de horeca als maatregel tegen de verspreiding van Covid-19 moet worden opgeheven.¹¹

Het is de vraag of dit soort rechtszaken - een mogelijke vorm van 'tegendemocratie' - worden veroorzaakt door een niet functionerende volksvertegenwoordiging, of een rechtsstatelijk systeem dat in de huidige maatschappij niet meer goed functioneert.

Probleemstelling

Naar aanleiding van bovenstaande ben ik tot de volgende probleemstelling gekomen:

Wat is de invloed van de Urgenda-uitspraak op de trias politica en de checks-and-balances gezien vanuit de betekenis die Pierre Rosanvallon geeft aan de begrippen 'democratie' en 'tegendemocratie' en is deze verhouding aanvaardbaar of juist een ondermijning van de Nederlandse democratische rechtsstaat?

Deze probleemstelling wil ik beantwoorden aan de hand van de volgende deelvragen:

⁷ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

⁸ Rb. Den Haag (vzr.) 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4461.

⁹ Rb. Den Haag (vzr.) 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

¹⁰ Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856.

¹¹ Rb. Den Haag (vzr.) 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10755.

1. Welke betekenis geeft Pierre Rosanvallon aan de begrippen 'democratie' en 'tegendemocratie' en waarom?
2. Hoe verhouden de begrippen 'democratie' en 'tegendemocratie' zich tot de trias politica en de checks-and-balances van de Nederlandse democratische rechtsstaat?
3. Hoe heeft de Hoge Raad invulling gegeven aan zijn rol binnen de trias politica en de checks-and-balances bij het Urgenda-arrest en wat is het (mogelijke) effect hiervan op de 'democratie' en 'tegendemocratie'?
4. Is de verhouding waarin de Hoge Raad is komen te staan tot de Nederlandse Staat bij het Urgenda-arrest aanvaardbaar gezien vanuit de begrippen 'democratie' en 'tegendemocratie' of vormt dit een ondermijning van de Nederlandse democratische rechtsstaat?

Methode van onderzoek

Dit onderzoek bestaat voornamelijk uit literatuuronderzoek. Door middel van het bestuderen van de publicaties van Rosanvallon wordt de theorie van 'tegendemocratie' uiteengezet. Vervolgens zal ik door het bestuderen van voornamelijk handboeken staatsrecht de theorie van Rosanvallon proberen te verbinden met het systeem van de Nederlandse democratische rechtsstaat. Het Urgenda-arrest van de Hoge Raad speelt in dit onderzoek een grote rol. Deze zal ik bestuderen aan de hand van het arrest zelf maar ook aan de hand van alle relevante literatuur over het Urgenda-arrest. Aan de hand van de theoretische basis die aan dit onderzoek ten grondslag ligt zal ik mijn mening vormen.

Leeswijzer

In het eerste hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag. In dit hoofdstuk staat met name de theorie van Rosanvallon centraal. Hier zal de betekenis worden besproken die Rosanvallon geeft aan de begrippen 'democratie' en 'tegendemocratie'. In het tweede hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de tweede deelvraag en staat de Nederlandse democratische rechtsstaat centraal. De relevante staatsrechtelijke theorie over de Nederlandse rechtsstaat wordt in het tweede hoofdstuk in verband gebracht met de theorie van Rosanvallon. In het derde hoofdstuk staat het Urgenda-arrest centraal en zal antwoord worden gegeven op de derde deelvraag. In het vierde hoofdstuk zal ik door middel van de theorie van de voorgaande hoofdstukken mijn mening geven en antwoord geven op de vierde deelvraag. Het onderzoek wordt afgesloten met een conclusie.

1 De 'democratie' en 'tegendemocratie' van Rosanvallon

In dit hoofdstuk wordt de theorie van Rosanvallon behandeld. In dit hoofdstuk zal ik antwoord geven op de vraag: welke betekenis geeft Pierre Rosanvallon aan de begrippen 'democratie' en 'tegendemocratie' en waarom? Ook zal kort worden behandeld wat het commentaar is op de theorie van Rosanvallon.

1.1 Democratie

Rosanvallon maakt onderscheid tussen een formele democratie en een werkelijke democratie. Met de formele democratie bedoelt Rosanvallon de gekozen volksvertegenwoordigers, het kiesrecht en de verkiezingen.¹² Bij het begrip werkelijke democratie wordt er ook rekening gehouden met het feit dat de democratische regering niet (meer) alleen wordt bepaald door de machtigings- en legitimeringsprocedure van de verkiezingen. Naast de verkiezingen wordt de democratisch gekozen regering geconfronteerd met een permanent wantrouwen van het volk.¹³

Er zijn veel voorstellen gedaan om de tekortkomingen van de formele democratie te ondervangen, zoals bijvoorbeeld: de frequentie van verkiezingen te verhogen, meer directe democratie en het vergroten van de onafhankelijkheid van de gekozen volksvertegenwoordigers. Maar hiernaast is er ook een wantrouwen (ontstaan) richting de gekozen volksvertegenwoordigers en de regering. Om dit wantrouwen te compenseren is er een wirwar aan praktijken ontstaan om de afkalving van het vertrouwen te compenseren. Het electorale constructieprincipe van de legitimiteit van bestuurders is vrijwel altijd verbonden geweest met een uitdrukking van wantrouwen van de burgers tegenover de (verkozen) machten. Deze twee dimensies, het functioneren en de problemen van de electorale vertegenwoordigende instituties enerzijds en de vorming van een wereld van wantrouwen anderzijds, moeten in aanmerking worden genomen om de verschillende bewegingen van een democratie goed te begrijpen.¹⁴

Aan de basis van dit wantrouwen liggen twee stichtingsficties die besloten zijn in de vertegenwoordigende democratie. Er wordt gedaan alsof de meerderheid de wil van het gehele volk bepaalt (rechtvaardigingsprincipe) en er wordt gedaan alsof het bepalen van die meerderheid door middel van verkiezingen een aanvaardbare manier is (beslissingstechniek).¹⁵

¹² Rosanvallon 2019, p. 73.

¹³ Rosanvallon 2019, p. 81.

¹⁴ Rosanvallon 2019, p. 73.

¹⁵ Rosanvallon 2019, p. 92.

Aan deze ficties liggen een aantal aannames ten grondslag. Ten eerste worden de kiezers gelijkgesteld met het gehele volk. Ten tweede wordt de keuze van deze kiezers gelijkgesteld met de wil van het volk. Ten derde worden alle daaropvolgende politieke en wetgevende activiteiten gekwalificeerd als uitoefening van de wil van het volk.¹⁶ Dit zijn de aannames waarop de legitimiteit van een democratisch regime is gegrondvest.

Het doel van 'tegendemocratie' is deze verschillende vormen van wantrouwen te plaatsen in een theoretisch kader zodat ze kan worden begrepen als 'een politiek systeem'. Op basis van dit theoretisch kader kan een breder begrip van het functioneren van een democratie geboden worden.¹⁷

1.2 Tegendemocratie

De verschillende uitdrukkingen van wantrouwen zijn te onderscheiden in twee grote stromingen: de liberale en de democratische. Het liberale wantrouwen wil een opeenhoping van macht voorkomen. Het voorkomen van een opeenhoping van macht zien we ook terug in het idee van Montesquieu en de spreiding van machten. Het liberale wantrouwen kan omschreven worden als een 'preventiemacht': het beschermen van de individu tegen het eigenmachtig optreden van de overheid.¹⁸ Het liberale wantrouwen wil dus de macht beperken en reguleren.

Bij het democratische wantrouwen is het doel om erop toe te zien dat de gekozen macht haar beloften nakomt; om ervoor te zorgen dat zij het algemeen belang blijft dienen, oftewel: het uitoefenen van een vorm van toezicht op de representatieve organen. Op dit democratische wantrouwen ligt de focus bij 'tegendemocratie'. Dit democratische wantrouwen uit zich en organiseert zich op vele manieren. Rosanvallon onderscheidt drie vormen van democratisch wantrouwen: (1) de toezichtmachten, (2) de vormen van belemmering en (3) het volk als rechter. Deze drie tegenmachten samen noemt Rosanvallon de 'tegendemocratie'.¹⁹ "Deze tegendemocratie is niet het tegendeel van de democratie; zij is eerder de vorm van democratie die de andere als een steunboog versterkt, de democratie van de in het sociale lichaam verstrooide indirecte machten, de permanente democratie van het wantrouwen tegenover de wisselende democratie van de electorale legitimiteit. Deze democratie vormt op die manier één geheel met de wettige democratische instituties."²⁰

¹⁶ Rosanvallon 2011, p. 123.

¹⁷ Rosanvallon 2019, p. 74.

¹⁸ Rosanvallon 2019, p. 74-75.

¹⁹ Rosanvallon 2019, p. 75.

²⁰ Rosanvallon 2019, p. 76.

In dit onderzoek ligt de focus vooral op de derde tegenmacht: het volk als rechter. De andere tegenmachten, de toezichtmachten en de vormen van belemmering, zal ik hierna ook beschrijven.

1.2.1 De toezichtmachten

Rosanvallon maakt onderscheid in drie verschillende vormen van toezichtmachten: waakzaamheid, aanklacht en beoordeling.²¹

Met waakzaamheid wordt in de eerste plaats bedoeld het monitoren: het permanent toezicht houden op de acties van de overheid.²² Waakzaamheid kan verschillende vormen aannemen, zoals persvrijheid, vrijheid van vereniging, vakbonden, petities, enz. Het doel van de waakzame burger is vooral om alarm te slaan en om te protesteren.²³

Bij een aanklacht is er vaak sprake van een schandaal, maar ook dubieus of onethisch gedrag, dat openbaar wordt gemaakt.²⁴ Het belangrijkste effect van de aanklacht is dat zij de reputatie van een macht op de proef stelt. De reputatie is een 'onzichtbaar instituut' die de basis vormt voor het vertrouwen.²⁵ De aanklacht wordt gebruikt om transparantie af te dwingen. Dit komt omdat het vertrouwen in de politici zelf de laatste tijd een belangrijke plaats heeft ingenomen.²⁶

Met beoordeling wordt een zorgvuldig onderzocht oordeel over specifieke acties of beleid bedoeld. Bij een beoordeling staat de reputatie ook op het spel, maar betreft het een reputatie van technische aard. Het is de competentie van de overheidsfunctionaris die op de proef wordt gesteld.²⁷ Burgers verwachten van hun overheidsfunctionarissen dat zij hun bekwaamheid bewijzen en dat hun acties (regelmatig) worden beoordeeld en geëvalueerd.²⁸

In het klassieke Athene werden de leden van bestuursorganen verkozen door middel van loting. Een belangrijk aspect dat volgens Rosanvallon vaak wordt vergeten is het tweede kenmerk dat de Grieken beschouwden als een essentieel onderdeel van hun democratie: de institutionalisering van een systematische controle op het handelen van deze personen die door middel van loting zijn verkozen. Rosanvallon geeft aan dat vanuit deze invalshoek een democratie niet alleen bestaat uit het verkiezen van haar leiders, maar ook bestaat uit het

²¹ Rosanvallon 2019, p. 79.

²² Rosanvallon 2008, p. 33.

²³ Rosanvallon 2008, p. 39.

²⁴ Rosanvallon 2008, p. 43, 51-52.

²⁵ Rosanvallon 2019, p. 80.

²⁶ Rosanvallon 2008, p. 46.

²⁷ Rosanvallon 2008, p. 52-53.

²⁸ Rosanvallon, 2008, p. 55-56.

uitoefenen van toezicht door haar burgers. Dit noemt Rosanvallon het democratisch dualisme. Dit dualisme is verdwenen doordat verkiezingen niet slechts een technisch instrument zijn gebleven om vertegenwoordigers te kiezen, maar ook een middel zijn geworden om vertrouwen in de regering tot stand te brengen en het reguleren van acties die de overheid zal uitvoeren.²⁹ Verkiezingen zijn 'heilig' geworden. Rosanvallon pleit voor de ontheiliging van verkiezingen.³⁰

1.2.2 Belemmering

Rosanvallon heeft het over een 'negatieve maatschappelijke soevereiniteit'. "Naarmate de burgers weinig bleken te kunnen doen om de regering tot bepaalde daden te dwingen of bepaalde beslissingen te laten nemen, vonden zij een doeltreffend middel door de sancties tegenover de macht te vermeerderen."³¹ Deze negatieve maatschappelijke soevereiniteit heeft twee kanten. Aan de ene kant fungeert het als een belemmerende tegenmacht, maar aan de andere kant is het een vorm van passieve toestemming: wie zwijgt stemt toe. Die passieve toestemming ziet Rosanvallon ook als een vorm van politieke expressie.³²

Rosanvallon stelt dat de betekenis van de huidige verkiezingen is veranderd. Het gaat niet zozeer om een keuze voor de toekomst, maar eerder om een beoordeling van de handelingen en acties van de afgelopen periode. Er is sprake van een deselectie van kandidaten die niet competent worden geacht. Rosanvallon noemt dit een 'sanctiedemocratie'.³³

De soevereiniteit van het volk manifesteert zich dus steeds meer als weigeringsmacht: de soevereiniteit van een 'vetovolk'. "De democratische regering wordt niet meer alleen bepaald door een machtigings- en legitimeringsprocedure. Ze wordt in wezen gestructureerd door een permanente confrontatie met verschillende vetocategorieën die van maatschappelijke groepen en van politieke en economische krachten komen."³⁴

²⁹ Rosanvallon 2008, p. 84-87.

³⁰ Rosanvallon 2008, p. 116-117.

³¹ Rosanvallon 2019, p. 80.

³² Rosanvallon 2008, p. 186.

³³ Rosanvallon 2008, p. 173-174.

³⁴ Rosanvallon 2019, p. 81.

1.2.3 Het volk als rechter

De tegendemocratie wordt in de derde plaats gevormd door de steeds grotere rol van het volk als rechter.³⁵ Het volk als rechter streeft naar een vonnis. Het is een extremere vorm van toezicht. Het wantrouwen is, bij 'het volk als rechter', dusdanig groot dat het een definitieve conclusie eist in de vorm van een vonnis of een veroordeling. De betekenis die Rosanvallon geeft aan het vonnis reikt verder dan de rechtbanken en de kaders van de wet. Het vonnis omvat een gedetailleerde met redenen omklede evaluatie en (onderzoeks-)proces waarmee het vonnis leidt tot een (definitieve) oplossing van een vraagstuk. Desondanks zal in deze scriptie de focus liggen op een vonnis van de rechtbank. Het vellen van een vonnis en stemmen zijn twee methoden die hetzelfde doel nastreven: een besluit nemen dat het algemeen belang moet dienen. Rosanvallon ziet beide methoden als politieke vormen. Beide methoden bevatten een element van 'het laatste woord'. Het gaat hier volgens Rosanvallon om twee verschillende methoden die het algemeen belang proberen te dienen. De door stemmen verkozen volksvertegenwoordigers behartigen het algemeen belang, maar ook wanneer de rechter zijn oordeel velt, doet hij dit in 'naam van het volk'.³⁶

Rosanvallon geeft verschillende betekenissen aan 'het volk'. Zo beschrijft hij het 'rekenkundige volk' of het 'electorale volk'. Het 'electorale volk' is het volk dat door middel van verkiezingen de meerderheid bepaalt. Een andere beschrijving van 'het volk' is het 'principiële volk'. Het 'principiële volk' vertegenwoordigt een historische constructie, dus geen kortstondige realiteit zoals het 'electorale volk' vertegenwoordigt. Deze historische principes zijn, onder andere, te vinden in de Grondwet.³⁷ Rosanvallon benoemt ook het 'evenementiële volk'. Dit is het volk van gebeurtenissen, ontgoochelingen, contestaties en beproevingen van het gemeenschappelijke leven.³⁸ Door deze verschillende benaderingen van 'het volk' wordt ook duidelijk dat ondanks dat zowel de volksvertegenwoordigers als de rechter 'het volk' vertegenwoordigen, zij een ander soort 'volk' vertegenwoordigen. Omdat zij een ander soort 'volk' vertegenwoordigen kan er wrijving ontstaan.

De laatste jaren zijn het juridische en het politieke steeds meer met elkaar verweven geraakt. Dit komt volgens Rosanvallon omdat in de democratie het idee besloten ligt dat het volk het recht heeft om haar heersers te beoordelen.³⁹ In het klassieke Athene was de rol van de rechtbank voornamelijk het controleren en veroordelen van handelingen en beslissingen die strikt genomen politiek zijn.⁴⁰ De bevoegdheid van de burgers om als rechter een politiek

³⁵ Rosanvallon 2019, p. 82.

³⁶ Rosanvallon 2008, p. 191.

³⁷ Rosanvallon 2019, p. 169-177.

³⁸ Rosanvallon 2019, p. 171.

³⁹ Rosanvallon 2008, p. 192.

⁴⁰ Rosanvallon 2008, p. 196.

oordeel te vellen was groter dan deelname aan de volksvergadering. Het was namelijk effectiever om een functionaris te straffen voor zijn acties en beslissingen in het verleden dan toekomstige acties en beslissingen toe te staan. De *ex post* veroordelingen complimenteerden de *ex ante* controlemechanismen van delegatie van bevoegdheid. Dit was een wezenlijk kenmerk van de Atheense democratie. Het wantrouwen achteraf bleek een effectiever controlemechanisme te zijn dan het geven van vertrouwen vooraf. De rechtspraak in het klassieke Athene kan ook worden benaderd vanuit het perspectief van de minderheid tegenover de meerderheid. Een vonnis geeft de minderheid een tweede kans om een beroep te doen op het algemeen belang en corrigeerde zo een deel van disfunctionaliteit die inherent is aan de meerderheidsregel. De Atheense praktijk was dus ver verwijderd van Montesquieu's betekenis van de rechter als louter 'de mond die de woorden van de wet spreekt'.⁴¹ De ontwikkeling van de vertrouwensregel in de Engelse parlementaire democratie laat volgens Rosanvallon ook zien dat de parlementaire democratie, onder andere, gefundeerd is op het principe dat het volk zijn verkozen functionarissen ter verantwoording kan roepen.⁴²

Het is belangrijk om stil te staan bij de aard van rechterlijke uitspraak; dat er uiteindelijk een oordeel wordt geveld. Het streven naar een oordeel is een vorm van politieke actie. Om de karakteristieken van een oordeel beter te begrijpen moet het vergeleken worden met de electorale politiek. Een gerechtelijke uitspraak heeft een aantal kenmerken en eigenschappen. Bij een gerechtelijke uitspraak is sprake van een methodisch en (meer) transparant onderzoek. Verder dient de rechter zijn uitspraak te motiveren. Een rechter kan in principe niet weigeren om een uitspraak te doen en zal een geschil definitief beëindigen. De rechter kijkt terug in het verleden. Een rechtelijke uitspraak krijgt vaak ook meer aandacht van het volk. Een juridische argumentatie is vaak niet voldoende bevredigend en het doel van transparantie wordt ook niet altijd behaald in de rechtszaal. Een gerechtelijke uitspraak moet dus ook niet worden geïdealiseerd.⁴³

Rosanvallon wil terug naar het ideaal van het algemeen belang, omdat dit ideaal uitdrukking zou moeten geven aan de wil van het volk.⁴⁴ Rosanvallon beschrijft drie verschillende manieren om de verwerkelijking van het algemeen belang te beschouwen. Eén daarvan is de 'vermeerderde algemeenheid'. Het gaat hier met name om het herstellen van de onvolkomenheden die voortvloeien uit het gelijkstellen van een electorale meerderheid met de wil van het volk. Een voorbeeld hiervan is een constitutioneel hof dat de grondwettelijkheid bepaalt van de besluiten van de gekozen meerderheid.⁴⁵ Dit komt door de verschillende betekenissen die Rosanvallon geeft aan 'het volk'. Een constitutioneel hof, dat het 'principiële

⁴¹ Rosanvallon 2008, p. 200-202.

⁴² Rosanvallon 2008, p. 202-206.

⁴³ Rosanvallon 2008, p. 230-238.

⁴⁴ Witteveen, *RegelMaat* 2013, afl. 6, p. 377-385.

⁴⁵ Rosanvallon 2019, p. 98-99.

volk' vertegenwoordigt, vormt een tegenmacht voor de volksvertegenwoordiging die de kortstondige realiteit vormt van het 'electorale volk'. Uit de vermeerderde algemeenheid komt een soort legitimiteit, namelijk de legitimiteit van reflexiviteit.⁴⁶ Het reflexieve concept van constitutioneel toezicht heeft niet alleen als doel om toezicht uit te oefenen, maar ook om de macht van de burgers over hun instellingen te vergroten door een 'regime' van concurrerende betekenissen van het volk in te stellen.⁴⁷

Een constitutioneel hof zorgt ervoor dat 'het volk als principe' wordt vertegenwoordigd. Een constitutioneel hof is constant in confrontatie met het 'electorale volk' door het vertegenwoordigen van het 'principiële volk'.

1.3 Commentaar op Rosanvallon

Het commentaar op Rosanvallon door Urbinati heeft te maken met het onderscheid dat Rosanvallon maakt tussen enerzijds de formele democratie en anderzijds de werkelijke democratie. De formele democratie wordt gedegradeerd tot een beslissingsmechanisme waarbij de meerderheid van het electorale volk het algemeen belang mag bepalen. Hierbij lijkt Rosanvallon te miskennen dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen 'zeggenschap' en 'toezicht'. Bij 'zeggenschap' is er sprake van een publiek debat waarin burgers met elkaar van mening kunnen verschillen. 'Toezicht' leidt (vaak) tot een oordeel dat gebaseerd is op deskundigheid of onpartijdigheid. Voor 'toezicht' hoeft er geen sprake te zijn van politieke meningsvorming en discussie.⁴⁸

"In sommige recente theorieën over democratie wordt politiek debat, tenzij ten behoeve van het bereiken van consensus over de uitkomsten, geplaatst tegenover besluiten van niet-politieke actoren, zoals rechters en jury's, of commissies van deskundigen, met het argument dat dit het algemeen welzijn zou beschermen tegen vooroordelen, onjuistheden en partijschap. Het doel van deze theoretische kritiek is (...) niet de democratie ter zijde te stellen maar te versterken. Maar het onpolitieke pad dat deze auteurs bewandelen leidt tot een devaluatie van democratie en uiteindelijk tot de vermindering ervan."⁴⁹ De mogelijke keerzijde van 'tegendemocratie' is dat te veel 'toezicht' de mogelijkheid tot 'zeggenschap' kan aantasten.

Rosanvallon gaat ervan uit dat democratische besluitvorming vooral bedoeld is om een goede oplossing te vinden voor geconstateerde problemen: het algemeen belang. Urbinati is van mening dat de waarde van de democratie is dat burgers (voorlopige) beslissingen kunnen

⁴⁶ Rosanvallon 2019, p. 100.

⁴⁷ Rosanvallon 2011, p. 139.

⁴⁸ Spoormans, *Democratie als historisch verschijnsel* 2018, p. 131.

⁴⁹ Urbinati 2014, p. 83; zie ook Spoormans, *Democratie als historisch verschijnsel* 2018, p. 131.

herzien en leiders kunnen vervangen.⁵⁰ Het is dus de vraag of 'tegendemocratie' de vorm van democratie is die de andere als steunboog versterkt, of kan de 'tegendemocratie' ook in strijd komen met de democratie? Als de 'tegendemocratie' in strijd raakt met de democratie, gaat dan het oordeel van 'competente' en 'onafhankelijke' toezichthouders zwaarder wegen dan de verkozen volksvertegenwoordigers?⁵¹ Democratie is niet de meest effectieve manier om de beste beslissingen te nemen, maar wel een methode waarbij burgers in een publiek debat met elkaar van mening kunnen verschillen.

⁵⁰ Urbinati 2014, p. 10; zie ook Spoormans, *Democratie als historisch verschijnsel* 2018, p. 132.

⁵¹ Spoormans, *Democratie als historisch verschijnsel* 2018, p. 132.

2. Het liberale wantrouwen en het democratische wantrouwen in de Nederlandse democratische rechtsstaat

In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe de betekenis die Rosanvallon geeft aan 'democratie' en 'tegendemocratie' zich verhoudt tot de Nederlandse democratische rechtsstaat. Het betoog van Rosanvallon begint met het onderscheid tussen een liberaal en een democratisch wantrouwen. Het onderscheid tussen deze twee vormen van wantrouwen heb ik gebruikt om het Nederlandse systeem te vergelijken met de 'democratie' en 'tegendemocratie' van Rosanvallon. In paragraaf 1 wordt beschreven hoe de Nederlandse democratische rechtsstaat vorm heeft gegeven aan het liberale wantrouwen. In paragraaf 2 wordt beschreven wat de rol is van de rechterlijke macht binnen dit liberale wantrouwen. In paragraaf 3 wordt beschreven hoe invulling wordt gegeven aan de democratie binnen dit liberale wantrouwen. In paragraaf 4 wordt de praktijk van het democratische wantrouwen in Nederland beschreven.

2.1 Het liberale wantrouwen

In het in 1748 verschenen *De l'esprit des lois* maakt Montesquieu onderscheid in drie vormen van werkzaamheden die een staat moet uitvoeren. Deze werkzaamheden moeten aan verschillende autoriteiten worden opgedragen die onafhankelijk van elkaar zijn.⁵² Deze scheiding - of verspreiding - van overheidsmacht heeft als doel om de vrijheid van de burger te beschermen.⁵³ Door deze scheiding wordt voorkomen dat één persoon of autoriteit zijn eigen regels kan opstellen, uitvoeren naar eigen inzicht en achteraf zelfstandig kan beoordelen of zijn eigen regels juist zijn uitgevoerd. Met andere woorden: het moet een machtsconcentratie voorkomen. Dit idee van Montesquieu, de trias politica, is in het Nederlandse systeem niet strikt overgenomen. Vanuit positiefrechtelijke benadering bevat de machtscheiding in Nederland de volgende drie kenmerken:

1. Er zijn drie afzonderlijke, gelijkwaardige en zelfstandige ambtencomplexen; de Staten-Generaal als volksvertegenwoordiging, de regering als hoogste bestuursambt en een onafhankelijke rechterlijke macht.
2. De machtscheiding is organisatorisch en functioneel gezien niet absoluut.

⁵² Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 29-31.

⁵³ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 641.

3. De constitutie voorziet niet alleen in gedeelde bevoegdheden, maar ook in diverse andere vormen van controle ('checks-and-balances') om te voorkomen dat één van de staatsmachten ongecontroleerde macht uitoefent.⁵⁴

In de oorspronkelijke gedachte van Montesquieu was het de regering als uitvoerende macht die de door wetgevende macht vastgestelde wetten uitvoerde. De taak van de regering omvat meer dan slechts het uitvoeren van wetten. De regering beslist ook over het sluiten van verdragen, zoals het klimaatverdrag. Dit is geen uitvoering van een wet, maar een zelfstandige bevoegdheid van de regering. De uitvoering van wetten en de uitvoering van de zelfstandige bevoegdheid zijn beiden onderdelen van de regeringstaak en worden in de Grondwet 'bestuur' genoemd.⁵⁵

De machtsverdeling in de Nederlandse rechtsstaat houdt dus in dat bepaalde organen zijn belast met bepaalde taken die zij deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uitoefenen, waarbij sprake is van een onderlinge afhankelijkheid en onderlinge controle: de 'checks-and-balances'.⁵⁶ Volgens Kortmann kunnen te veel checks-and-balances een afbreuk doen aan het evenwicht tussen de machten, omdat controlemechanismen een inbreuk kunnen maken op de zelfstandigheid, onafhankelijkheid en gelijkwaardigheid van de staatsmachten.⁵⁷ Kortmann omschrijft 'checks-and-balances' als controlemechanismen. In het handboek van het Nederlandse staatsrecht worden 'checks-and-balances' omschreven als een concept van macht en tegenmacht.⁵⁸ Uit het Nederlandse systeem van machtenscheiding en 'checks-and-balances' halen Belinfante en De Reede twee grondregels. De eerste grondregel is: geen bevoegdheid zonder grondslag in wet of Grondwet. De tweede grondregel vloeit voort uit de gedachte dat geen bevoegdheid kan bestaan zonder controle en luidt: niemand kan een bevoegdheid uitoefenen zonder verantwoording schuldig te zijn of zonder dat er op die uitoefening controle bestaat.⁵⁹ De 'checks-and-balances' worden dus omschreven als een manier van controle, tegenmacht en verplichte verantwoording.

In Nederland is er sprake, of zou er sprake moeten zijn, van een dualisme tussen de regering en volksvertegenwoordiging. Dit dualisme betekent dat de regering en Staten-Generaal een eigen verantwoordelijkheid hebben. De regering en volksvertegenwoordiging hebben ook een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Ze zijn namelijk gezamenlijk verantwoordelijk voor de vaststelling van wetten.⁶⁰ De regering is beter geëquipeerd voor het initiatief tot wetgeving, waardoor het initiatief tot wetgeving ook vaak bij de regering vandaan komt. De Staten-Generaal zijn minder uitgerust voor het initiatief tot wetgeving en hebben dus vaker de rol van een controleorgaan, dat door middel van discussie de mening van het volk tot uitdrukking

⁵⁴ Kortmann 2016, p. 49.

⁵⁵ Belinfante, de Reede & Dragstra 2015, p. 10.

⁵⁶ Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 112.

⁵⁷ Kortmann, 2016, p. 49.

⁵⁸ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 642.

⁵⁹ Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, p. 11-18.

⁶⁰ artikel 81 van de Grondwet

brengt. Bij een onherstelbaar geschil is het de wil van de volksvertegenwoordiging die prevaleert boven de wil van de regering.⁶¹

In de negentiende eeuw hebben de regering en de Tweede Kamer verscheidene keren tegenover elkaar gestaan. In deze conflicten heeft de Tweede Kamer uiteindelijk, in sommige gevallen na een verkiezing, het laatste woord gehad.⁶² We kunnen dus concluderen dat de interne soevereiniteit ligt bij de volksvertegenwoordiging, omdat de volksvertegenwoordiging de bron is waar het geldende gezag gevonden kan worden.⁶³ Dit heeft te maken met de (ongeschreven) vertrouwensregel. De vertrouwensregel vormt de kern van het parlementaire stelsel. De vertrouwensregel houdt in dat een minister of een ministersploeg het vertrouwen moet hebben van de meerderheid van de Tweede Kamer of de Eerste Kamer. Als blijkt dat een minister of ministersploeg het vertrouwen heeft verloren van de meerderheid, dan dienen ze te vertrekken, tenzij de regering zou besluiten om de kamer te ontbinden. In dat geval is het aan het kiesgerechtigde volk; zij zullen dan moeten gaan stemmen voor hun Kamerleden.⁶⁴

Wat hierboven beschreven staat beschrijft Rosanvallon als het 'liberale wantrouwen': een systeem dat een opeenhoping van macht probeert te voorkomen. Tevens ligt in het Nederlandse systeem besloten dat het volk de hoogste macht is. Althans, uit de verhouding die ontstaan is door de vertrouwensregel en Kamerontbinding wordt duidelijk dat het volk uiteindelijk, door middel van het uitbrengen van stemmen, het laatste woord heeft.

2.2 De rechterlijke macht

De rechtspraak is een overheidsfunctie. De rechter vormt samen met de wetgever en het bestuur één bestel. In het bestel is een vreedzame geschilbeslechting door een onafhankelijke rechter essentieel. De rechter is van wezenlijk belang om de samenleving tot één geheel te integreren en ordelijk te laten verlopen.⁶⁵ De rechtspraak heeft als functie om concrete en bindende beslissingen te nemen betreffende geschillen of strafbare feiten die worden voorgelegd.⁶⁶

De rechterlijke macht is onafhankelijk in de zin dat de Staten-Generaal of de regering niet bevoegd zijn tot het geven van aanwijzingen aan rechters over de wijze waarop zij over een zaak

⁶¹ Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, p. 109.

⁶² Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, p. 110.

⁶³ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 170.

⁶⁴ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 644-645.

⁶⁵ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 822.

⁶⁶ Kortmann 2016, p. 262.

moeten beslissen. Echter, de leden van de rechterlijke macht worden benoemd door de regering (checks-and-balances).⁶⁷ Verder is de rechter afhankelijk van wetgeving.⁶⁸

De vraag welke plaats en functie de rechter heeft in de democratische rechtsstaat is een vraag die speelt sinds het ontstaan en de ontwikkeling van de democratische rechtsstaat. Ten tijde van de herziening van de Nederlandse Grondwet van 1848 verzette Thorbecke zich tegen het voorstel om het voorschrift 'de wetten zijn onschendbaar' op te nemen in de Grondwet. Volgens Thorbecke zou de Grondwet hierdoor geen Grondwet meer zijn en werd de (gewone) wetgever, die zijn bestaan enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet gesteld. Thorbecke zei dat de burger ook het recht moest hebben om formele wetgeving te laten toetsen aan de Grondwet.⁶⁹ Het voorschrift 'de wetten zijn onschendbaar' is uiteindelijk wel opgenomen in de Grondwet en is nu terug te vinden in artikel 120 van de Grondwet.⁷⁰

In artikel 120 van de Grondwet staat: de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Dit wordt ook wel het toetsingsverbod genoemd. Hiermee wordt de wetgever, en niet de rechter, aangewezen als de hoogste uitlegger van de Grondwet. Indien er sprake is van een meningsverschil over de uitleg van de Grondwet is het definitieve oordeel aan de wetgever. Door de wetgever aan te wijzen als hoogste uitlegger van de Grondwet is het mogelijk dat opzettelijke strijd met de Grondwet niet gecorrigeerd kan worden.⁷¹ Dit houdt verband met het idee van de rechtsstaat. In het idee van de rechtsstaat ligt besloten dat de wet een onpartijdige vaststelling is van het algemeen belang, een algemene regel die tot stand is gekomen door de uitwisseling van argumenten in een door het volk gekozen volksvertegenwoordiging.⁷² Hierdoor is echter de interpretatie van de Grondwet niet enkel een juridische, maar ook een politieke kwestie.⁷³ Artikel 120 van de Grondwet moet worden gezien als een uitzondering op de regel dat de rechter bevoegd en verplicht is om rechtsregels te toetsen aan de Grondwet.⁷⁴

Op het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet is een uitzondering mogelijk door artikel 94 van de Grondwet. De rechter moet wettelijke voorschriften die in strijd zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties buiten toepassing laten.⁷⁵ Toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet is dus uitgesloten, maar de rechter heeft de plicht om formele wetgeving te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Doordat er verdragen zijn die grondrechten bevatten, zoals het

⁶⁷ artikel 117, eerste lid, van de Grondwet

⁶⁸ Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 113.

⁶⁹ Thorbecke 1848, p. 61.

⁷⁰ Heringa, Van der Velde, Verhey e.a. 2018, p. 447-448.

⁷¹ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 201-202.

⁷² Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 195.

⁷³ Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, 215-216.

⁷⁴ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 204.

⁷⁵ artikel 94 van de Grondwet

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), is het voor de rechter mogelijk om formele wetgeving te toetsen aan grondrechten.⁷⁶

De verhouding tussen rechter en wetgever en de machtscheiding is voorwerp geweest van jurisprudentiële ontwikkelingen op twee fronten: de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde en de rechterlijke wetgevingsbevelen. Voor de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde zijn de arresten Spoorwegstaking⁷⁷ en Rookverbod I⁷⁸ van belang. Uit artikel 94 Grondwet volgt dat alleen rechtstreeks werkend geschreven internationaal recht kan derogeren aan de wet.⁷⁹ Uit het Spoorwegstaking-arrest volgt dat aan bepaling van internationaal recht rechtstreekse werking toekomt wanneer deze de wetgever verplicht tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of wanneer deze van dien aard is dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren.⁸⁰ Eenzelfde motivering is terug te vinden in het Rookverbod I-arrest.⁸¹ Echter speelde bij het Spoorwegstaking-arrest de vraag of de bepaling zich richt tot de nationale wetgever nog een rol. Deze vraag lijkt bij het Rookverbod I-arrest niet meer relevant.⁸² De of-of-keuze uit het Spoorwegstaking-arrest is in het Rookverbod I-arrest vervangen. De keuze is vervangen door een route waarbij de rechter de rechtstreekse toepassing in het concrete geval beoordeelt.⁸³ De enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van het resultaat, belet niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft.⁸⁴ Deze 'doorlopende route' maakt een actievere rol voor de rechter mogelijk. De rechter heeft nu een mogelijkheid om internationale bepalingen waaraan de staat zich heeft gebonden te toetsen.⁸⁵

Voor het verbod op rechterlijke wetgevingsbevelen zijn de arresten Waterpakt,⁸⁶ Faunabescherming/Friesland⁸⁷ en SGP⁸⁸ van belang.⁸⁹ Uit het Waterpakt-arrest volgt dat de rechter de wetgever niet kan dwingen om een wet in formele zin tot stand te brengen. Wetten in formele zin worden vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal. De vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen.⁹⁰ Het Waterpakt-arrest is

⁷⁶ Belinfante, de Reede, Dragstra 2015, p. 216.

⁷⁷ HR 30 mei 1986, ECLI:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*).

⁷⁸ HR 10 oktober 2014, ECLI:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Rookverbod I*).

⁷⁹ Besselink, *TvCR* 2020/2, p. 136-137.

⁸⁰ HR 30 mei 1986, ECLI:HR:1986:AC9402, r.o. 3.2, NJ 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*).

⁸¹ HR 10 oktober 2014, ECLI:HR:2004:2928, r.o. 3.5.2, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Rookverbod I*).

⁸² Besselink, *TvCR* 2020/2, p. 137.

⁸³ Kuiper-Slendeboek *NLJP* 2020/49, p. 233.

⁸⁴ HR 10 oktober 2014, ECLI:HR:2004:2928, r.o. 3.5.3, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Rookverbod I*).

⁸⁵ Kuiper-Slendeboek *NLJP* 2020/49, p. 233.

⁸⁶ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

⁸⁷ HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming/Friesland*).

⁸⁸ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

⁸⁹ Besselink, *TvCR* 2020/2, p. 139-140.

⁹⁰ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, r.o. 3.5, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

door de Hoge Raad bevestigd in het arrest Faunabescherming/Friesland.⁹¹ In het SGP-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de Staat de plicht had om maatregelen te nemen.⁹² Ondanks dat de Staat deze rechtsplicht heeft, stelt de Hoge Raad dat hij de Staat niet kan bevelen om specifieke maatregelen te treffen.⁹³

Aan de hand van deze jurisprudentie zien we dat de Hoge Raad zijn huidige positie in de trias politica wijzigt. De rechter lijkt een steeds actievare rol aan te nemen. De Hoge Raad maakt ook veelvuldig gebruik van de mogelijkheid om formele wetgeving te toetsen aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Desondanks blijft de Hoge Raad stellig zeggen dat hij de wetgever niet kan dwingen om een wet in formele zin tot stand te brengen. Dit heeft te maken met de totstandkoming van een wet in formele zin en de rol van volksvertegenwoordiging: het democratische aspect. We keren dan terug naar het idee dat in de rechtsstaat besloten ligt: de wet is een onpartijdige vaststelling van het algemeen belang. Dit algemeen belang wordt bepaald door de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging. Hierna ga ik in op dit democratische aspect. Hoe ver reikt de invloed van het volk om over zichzelf te regeren?

2.3 Democratie

Wat Rosanvallon verstaat onder democratie is reeds beschreven in hoofdstuk 1. Rosanvallon maakt onderscheid tussen een formele en een werkelijke democratie. Met de formele democratie bedoelt Rosanvallon de gekozen volksvertegenwoordigers, het kiesrecht en de verkiezingen. Of anders gezegd: de machtigings- en legitimeringsprocedure voor het bepalen van een democratische regering. Volgens Rosanvallon liggen aan de basis van de vertegenwoordigende democratie twee stichtingsficties. De eerste fictie betreft een rechtvaardigingsprincipe en luidt: de meerderheid kan de wil van het gehele volk bepalen. De tweede fictie betreft een beslissingstechniek en luidt: het bepalen van de meerderheid, van de eerste fictie, door middel van verkiezingen is een aanvaardbare manier.

Welke betekenis wordt er gegeven aan democratie in het staatsrecht? Door te analyseren hoe het democratiebegrip wordt gepresenteerd en uitgelegd in de handboeken staatsrecht heeft Bos willen reconstrueren welke invulling juristen geven aan het begrip democratie.⁹⁴ Ze heeft de volgende handboeken geanalyseerd: Belinfante,⁹⁵ Burkens,⁹⁶ Van der

⁹¹ HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, r.o. 3.3.5, *NJ* 2004/679, m.nt. T. Koopmans (*Faunabescherming/Friesland*).

⁹² HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, r.o. 4.6.1, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

⁹³ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, r.o. 4.6.2, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

⁹⁴ Bos 2018, p. 31.

⁹⁵ Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015.

⁹⁶ Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017.

Pot,⁹⁷ Kortmann⁹⁸ en Heringa.⁹⁹ Het begrip democratie wordt in alle handboeken op ongeveer dezelfde manier ingevuld.¹⁰⁰ Uit al deze omschrijvingen destilleer ik de volgende betekenis van democratie. Democratie betekent dat de burger invloed kan uitoefenen op de manier waarop hij of zij wordt bestuurd. Het feit dat de burger invloed kan uitoefenen zorgt voor legitimiteit van de bevoegdheidsuitoefening door de overheid. Maar hoe groot en bepalend is de invloed die de burger kan uitoefenen?¹⁰¹

Bos stelt dat er vijf categorieën van rechtsregels onderscheiden kunnen worden die betrekking hebben op het begrip democratie. Deze categorieën zijn:¹⁰²

- Wetgeving door de gekozen formele wetgever;
 - In alle handboeken wordt het legaliteitsbeginsel door de auteurs verbonden aan democratie. Het legaliteitsbeginsel drukt het idee uit dat het volk zijn eigen regels bepaalt. In de Nederlandse Grondwet heeft dit de vorm gekregen van de gekozen volksvertegenwoordiging die samen met de regering wetgeving in formele zin opstelt.
- Vertegenwoordiging;
 - Door de vertegenwoordigende democratie in Nederland kan het volk, over het algemeen, alleen invloed uitoefenen op het wetgevingsproces via de volksvertegenwoordigers.
- Politieke grondrechten;
 - De politieke grondrechten maken het mogelijk voor de burger om deel te nemen aan het democratisch proces. De burger heeft actief kiesrecht en passief kiesrecht. Door gebruik te maken van zijn actief kiesrecht kan een burger, indien hij wordt verkozen, op een meer directe manier invloed uitoefenen op het wetgevingsproces als volksvertegenwoordiger.
- Openbaarheid van het bestuur;
 - Alle auteurs brengen democratie ook in verband met rechtsregels rondom de verantwoordingsplicht. Dit wordt toegelicht met verwijzingen naar de verantwoordingsplichten tegenover de vertegenwoordigende organen.
- Controle op het bestuur;
 - Als laatste worden de regels omtrent de openbaarheid van bestuur en de openbaarheid van vergaderingen van de vertegenwoordigende ambten in verband gebracht met het begrip democratie.

⁹⁷ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014.

⁹⁸ Kortmann 2016.

⁹⁹ Heringa, Van der Velde, Verhey e.a. 2018.

¹⁰⁰ Bos 2018, p. 47.

¹⁰¹ Kortmann 2016, p. 325; Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, p. 7; Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 209; Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 175.

¹⁰² Bos 2018, p. 54-58.

Deze omschrijving van het begrip democratie door de staatsrechtgeleerden vertoont grote overeenkomsten met de omschrijving die Rosanvallon geeft aan, wat hij noemt, de formele democratie. Bij de beschrijving van de staatsrechtgeleerden ziet men dat het vooral draait om verkiezingen en om verkozen worden. Door gebruik te maken van politieke grondrechten kan een burger een stem uitbrengen op een volksvertegenwoordiger of hij kan zichzelf verkiesbaar stellen. Het moment van stemmen is het enige moment waarop de burger invloed kan uitoefenen. Na de verkiezingen is het nagenoeg alleen de volksvertegenwoordiger die invloed kan uitoefenen. De volksvertegenwoordiger kan invloed uitoefenen op het wetgevingsproces. Het bestuur is verantwoording verschuldigd aan het bestuur. De volksvertegenwoordiger is degene die controle kan uitoefenen op het bestuur. Tak stelt het iets scherper. Hij stelt dat in de staatsrechtelijke praktijk democratie gelijk staat aan: "medewerking, instemming of althans medeweten van de meerderheid van de volksvertegenwoordiging aan wat de overheid doet".¹⁰³

In mijn optiek zijn er twee aspecten belangrijk om te spreken van een democratie. De regels die hierboven staan zijn methoden om deze aspecten te kunnen verwezenlijken. Het eerste aspect is dat van 'de zelfcorrectie' van de democratie.¹⁰⁴ De huidig verkozen meerderheid kan terugkomen op de regels van de vorige meerderheid. Dit speelt ook een rol als de rechter zijn uitspraak toetst aan het EVRM. Het is dan voor de volksvertegenwoordiging en de regering niet mogelijk om met het maken van nieuwe wetgeving in formele zin de uitspraak van de rechter ongedaan te maken. Als tweede aspect is het belangrijk dat er in een democratie sprake moet kunnen zijn van een publiek debat waarbij burgers van mening kunnen verschillen. In paragraaf 2.3 is dit ook het kritiekpunt op de theorie van Rosanvallon. Om dit publieke debat mogelijk te maken lijkt een vertegenwoordigende democratie de enige oplossing. Eén grote volksvergadering is niet mogelijk en als het al mogelijk zou zijn, door de huidige techniek, zou zo'n grote volksvergadering maar moeilijk in staat zijn om daadwerkelijk te vergaderen. Het idee van de vertegenwoordigende democratie is dat het volk zijn beste burgers verkiest om deel te nemen in de volksvergadering. Wanneer in deze volksvergadering de beste burgers van het volk samenkomen, dan zouden zij door het voeren van serieuze discussies samen het algemeen belang kunnen vaststellen en op basis hiervan beslissingen nemen.¹⁰⁵ Volgens artikel 67, lid 3, Grondwet stemmen de leden van de Kamers zonder last.¹⁰⁶ Van een volksvertegenwoordiger wordt verwacht dat hij zich losmaakt van de wensen van zijn achterban en zich opstelt als een onafhankelijke behartiger van het algemeen belang. De opkomst van politieke partijen heeft ervoor gezorgd dat de onafhankelijke behartiger van het algemeen belang de behartiger wordt van de mening en belangen van een specifieke groep in de samenleving.¹⁰⁷

¹⁰³ Tak 2017, p. 36.

¹⁰⁴ Van den Bergh 1936.

¹⁰⁵ Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014, p. 175.

¹⁰⁶ artikel 67, derde lid, van de Grondwet

¹⁰⁷ Tans 2018, p. 86-89.

Door de opkomst van politieke partijen wordt de moderne verhouding tussen de Tweede Kamer en de regering niet meer gekenmerkt door de Tweede Kamer tegenover de regering, maar door de regering samen met de regeringsgezinde fracties aan de ene kant en de oppositie aan de andere kant.¹⁰⁸ Door middel van fractiediscipline oefenen politieke partijen een grote invloed uit. Deze fractiediscipline houdt in dat van de leden van een politieke partij wordt verwacht dat zij de lijn volgen die door de politieke leiding is uitgezet. Afwijken van deze lijn kan negatieve gevolgen hebben voor de politieke carrière.¹⁰⁹ In de praktijk is er ook een streven om een binding te vormen tussen een Kamermeerderheid en de regering. Deze binding wordt verwoord in een regeerakkoord.¹¹⁰ Nadat de stemmen zijn geteld wordt er een kabinet geformeerd. Tijdens een kabinetsformatie wordt er onderhandeld tussen verschillende politieke partijen. Met deze onderhandelingen wordt beslist welke politieke fracties de basis zullen gaan vormen voor een kabinet. Het resultaat van deze onderhandelingen is een regeerakkoord.¹¹¹ Het samenspel van regeerakkoorden en fractiediscipline kan leiden tot een monistische verhouding tussen de regering en de parlementaire meerderheid in de Tweede Kamer. Het resultaat is dat de regeringsfracties het als hun voornaamste taak zien om de regering in het zadel te houden, zodat het regeerakkoord kan worden uitgevoerd. De monistische verhouding tussen de regering en de Tweede Kamer zorgt voor een stabiele regering met continuïteit in het regeringsbeleid. De keerzijde is dat de controlerende functie van de Staten-Generaal hierdoor in mindere mate wordt uitgeoefend door de gehele Tweede Kamer, maar slechts door de oppositie in de Tweede Kamer.¹¹² Het probleem hierbij is dat de oppositie, die doorgaans in de minderheid is, geen gebruik kan maken van de mogelijkheid om corrigerend op te treden door middel van een motie of het enquête-recht.¹¹³

Door de opkomst van politieke partijen wordt het moeilijker om in de Tweede Kamer door middel van een serieuze discussie het algemeen belang te bepalen. Daarnaast zorgen politieke partijen ervoor dat de Tweede Kamer moeilijker in staat is om de controlerende functie uit te oefenen. Hierdoor kan het volk minder invloed uitoefenen op de gekozen volksvertegenwoordigers. Politieke partijen, partijdiscipline en regeerakkoorden creëren controlemechanismen die een inbreuk maken op de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de volksvertegenwoordiging.

De monistische verhouding tussen het parlement en de regering zorgt ervoor dat de uitvoerende macht machtiger wordt. Het is de vraag of hierdoor een behoefte ontstaat aan rechterlijke toetsing.¹¹⁴ Deze behoefte signaleert Rosanvallon wel wanneer hij zegt dat het volk

¹⁰⁸ Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, p. 110.

¹⁰⁹ Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 259-262.

¹¹⁰ Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 118-119.

¹¹¹ Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015, p. 110.

¹¹² Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 262.

¹¹³ Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017, p. 264.

¹¹⁴ Heringa, Van der Velde, Verhey e.a. 2018, p. 452.

verwacht dat de overheid rekenschap aflegt.¹¹⁵ Rosanvallon maakt veelvuldig de vergelijking met het klassieke Athene, waarin het volk daadwerkelijk controle kon uitoefenen op de verschillende overheidsfunctionarissen; ook tijdens een ‘ambtsperiode’. Het volk hoefde dus niet te wachten tot de volgende mogelijkheid om te gaan stemmen om een overheidsfunctionaris of een regering af te rekenen op het gevoerde beleid.

2.4 Het democratisch wantrouwen

Rosanvallon betoogt dat het volk de behoefte heeft om door middel van een rechterlijk vonnis controle uit te oefenen op zijn bestuurders. Dat deze behoefte bestaat en wordt nagestreefd door het volk blijkt onder andere uit de volgende rechtszaken: vordering tot het verplicht repatriëren van uitgereisde Nederlandse IS-vrouwen,¹¹⁶ Stop5G, die de uitrol van het 5G-netwerk wil stoppen,¹¹⁷ een kort geding over de coronamaatregelen waarbij de eisers een volledige lockdown eisen,¹¹⁸ een kort geding waarbij actiegroep Viruswaanzin (stichting Viruswaarheid.nl) eist dat de Staat de Covid-19 maatregelen intrekt¹¹⁹ en een kort geding van een aantal horecaondernemers tegen de Staat waarbij zij eisen dat de verplichte sluiting van de horeca als maatregel tegen de verspreiding van Covid-19 moet worden opgeheven.¹²⁰

Roger Cox, één van de advocaten tijdens het eerste proces van Urgenda voor de rechtbank Den Haag, stelt dat er alleen nog een (klimaat-)revolutie mogelijk is door tussenkomst van de rechterlijke macht. “Het falen van de democratie en de patstelling die als gevolg daarvan is ontstaan, waardoor de hoogstnoodzakelijke transitie naar een emissieloze economie maar niet van de grond komt, kan alleen nog door de rechterlijke macht doorbroken worden”.¹²¹ Volgens Cox laat het Nederlands democratisch rechtsstatelijke model zien dat het niet in staat is om klimaatverandering te voorkomen. Dit komt volgens Cox mede door de invloed die grote multinationals uitoefenen en het feit dat informatie en feiten niet meer de primaire basis zijn voor de politiek. Doordat de democratie ons niet heeft kunnen behoeden voor een klimaatcrisis blijft er volgens Cox slechts één democratische uitweg mogelijk: een vrijwillige ondercuratelestelling van regering en parlement door de rechterlijke macht.¹²²

Artikel 3:305a BW zet de deur open voor een belangenorganisatie om op te komen voor de belangen van (een gedeelte van) het Nederlandse volk. Deze mogelijkheid wordt specifiek voor

¹¹⁵ Zie 1.5

¹¹⁶ HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148.

¹¹⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4461.

¹¹⁸ Rb. Den Haag (vzr.) 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

¹¹⁹ Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856.

¹²⁰ Rb. Den Haag (vzr.) 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10755.

¹²¹ Cox 2011, p. 288.

¹²² Cox 2011, p. 223-233.

belangen betreffende het milieu ook geboden door artikel 9, derde lid, van het Verdrag van Aarhus. Er is dus een juridische mogelijkheid gecreëerd voor het volk om gebruik te maken van 'tegendemocratie' in de vorm van 'het volk als rechter'. In het jaarverslag van 2019 stelt de Raad van State dat er enerzijds steeds meer van de rechter wordt verwacht, maar er anderzijds kritiek is op de veranderende rol van de rechter. Belangenorganisaties zouden hierbij een belangrijke rol spelen, omdat zij door de wetgever steeds meer in staat zijn gesteld om maatschappelijke kwesties voor de rechter te brengen die individuele belangen overstijgen.¹²³

¹²³ Raad van State, 'Jaarverslag 2019', *Raad van State* 7 mei 2020, jaarverslag.raadvanstate.nl/2019

3. Het Urgenda-arrest

In dit hoofdstuk staat het Urgenda-arrest centraal.¹²⁴ Er wordt gekeken naar de invulling die de Hoge Raad heeft gegeven aan zijn eigen rol en het mogelijke effect hiervan op de 'democratie' en de 'tegendemocratie'. In dit hoofdstuk staat de redenering van de Hoge Raad in het Urgenda-arrest centraal. De Hoge Raad beschrijft in zijn redenering eerst het gevaar van klimaatverandering. Vervolgens komt de Hoge Raad tot de conclusie dat artikel 2 en 8 van het EVRM passende maatregelen vereisen als er sprake is van een 'real and immediate risk'. Vervolgens komt de Hoge Raad, door middel van de *common ground*-methode, tot de conclusie dat relevant internationaal recht en internationale afspraken moeten worden meegenomen in de uitleg en de toepassing van het EVRM. Het internationale recht en de internationale afspraken zijn gevormd aan de hand van inzichten uit de (klimaat-)wetenschap. Daarnaast kijkt de Hoge Raad naar het beleid dat wordt gevoerd door de Nederlandse Staat en naar de scheidslijn tussen de rechter en het politiek domein.¹²⁵ In het kader van 'democratie' en 'tegendemocratie' is het ook van belang om het actierecht, artikel 3:305a BW, waar Urgenda gebruik van heeft gemaakt, te bespreken.

Ik zal de redenering van de Hoge Raad in het Urgenda-arrest daarom bespreken aan de hand van de volgende punten: het actierecht van artikel 3:305a BW (paragraaf 1), de reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM (paragraaf 2), de concretisering van de verplichtingen van de Staat (paragraaf 3), het door de Staat gevoerde beleid (paragraaf 4) en de taakverdeling tussen de rechter, regering en wetgever (paragraaf 5).

3.1 Het actierecht van artikel 3:305a BW

Urgenda werd ontvankelijk geacht in haar vordering op basis van artikel 3:305a BW. Dit artikel maakt een collectieve actie door belangenorganisaties die opkomen voor 'het algemeen belang' mogelijk. Er moet dan conform artikel 3:305a BW wel sprake zijn van 'gelijksoortige belangen'. De Hoge Raad oordeelt dat er sprake is van 'gelijksoortige belangen' van de Nederlandse ingezetenen met betrekking tot klimaatverandering en dat deze belangen kunnen worden gebundeld en worden vertegenwoordigd door Urgenda.¹²⁶ Bergkamp is van mening dat de Hoge Raad een te brede interpretatie heeft gegeven aan artikel 3:305a BW, met name omdat het actierecht van artikel 3:305a BW controversieel is. Het vereist namelijk geen toestemming

¹²⁴ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

¹²⁵ Leijten, *RMThemis* 2020/2.

¹²⁶ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 5.9.2-5.9.3 (*Urgenda*).

van de Nederlandse ingezetenen die door Urgenda worden vertegenwoordigd en zelfs een 'opt-out' is onmogelijk.¹²⁷

Daarbij is het belangrijk om te vermelden dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) alleen verzoekschriften accepteert als er sprake is van een slachtoffer van een schending van het EVRM.¹²⁸ Een *actio popularis* is niet mogelijk.¹²⁹ Dit komt omdat de rechten in het EVRM er niet toe strekken om organisaties te beschermen, maar natuurlijke personen.¹³⁰ Volgens Leijten werd in Urgenda duidelijk dat de rechten uit het EVRM niet één op één toepasbaar zijn voor 'algemene zaken'. Deze mismatch ontstaat doordat een *actio popularis* op nationaal niveau wel mogelijk is.¹³¹ Volgens Teunissen verdraagt het vereiste van democratische legitimatie, verantwoording en controle zich niet met een private organisatie die ter behartiging van een belang dat naar haar eigen oordeel een algemeen belang is en dat zij in haar statuten tot een 'eigen belang' heeft verklaard, zonder dat burgers zich door die organisatie vertegenwoordigd voelen en zonder dat er voor hen een mogelijkheid bestaat om die organisatie te controleren en ter verantwoording te roepen. Echter, het is uiteindelijk de wetgever geweest die deze procedure mogelijk heeft gemaakt.¹³²

3.2 De reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM

In r.o. 8.3.4 zet de Hoge Raad nogmaals zijn bevindingen uiteen: "In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor. Er bestaat immers de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn, zoals rechtbank en hof hebben vastgesteld en de Staat ook erkent (zie hiervoor in 4.2-4.8). De Staat is verplicht om in dit verband 'het zijne' te doen (zie hiervoor in 5.7.1-5.7.9). Jegens de ingezetenen van Nederland, voor de belangen van wie Urgenda in dit geding opkomt, volgt die plicht uit de artikel 2 en 8 EVRM, op grond waarvan de Staat is gehouden om het recht op leven en op privé-, familie- en gezinsleven van zijn ingezetenen te beschermen (zie hiervoor in 5.1-5.6.4 en 5.8-5.9.2). Dat in dit verband een reductie noodzakelijk is met minimaal 25% in 2020 door Annex I-landen, waaronder Nederland, volgt uit de door rechtbank en hof vastgestelde, algemeen in de

¹²⁷ Bergkamp, *TGMA* 2020/3.

¹²⁸ artikel 34 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

¹²⁹ EHRM 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, *NJ* 2017/185, m.nt. E.J. Dommering (*ROMAN ZAKHAROV v. RUSSIA*).

¹³⁰ Heldeweg, Schlössels & Seerden, *RMThemis* 2000/2.

¹³¹ Leijten, *AA* 2020/0901; Leijten, *NQHR* 2019/2.

¹³² Teunissen, *Wynia's Week* 28 december 2019.

klimaatwetenschap en in de internationale gemeenschap gedeelde opvatting (zie hiervoor in 7.2.1-7.3.6).¹³³

Door middel van de *common ground*-methode slaat de Hoge Raad een brug tussen de interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM en (niet bindende) internationale afspraken die gebaseerd zijn op wetenschappelijke inzichten.¹³⁴ De *common ground*-methode houdt in dat het Hof alleen een nieuwe interpretatie van het verdrag geeft als deze kan steunen op voldoende consensus in de verdragstaten.¹³⁵ Backes en Van der Veen zijn van mening dat de Hoge Raad via een omweg van de artikelen 2 en 8 EVRM niet bindende verklaringen tot bindende rechtsnormen heeft omgetoverd.¹³⁶ De Graaf en Marseille zien hierin ‘slechts’ dat de reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM verder strekt dan nationale en concrete dreigingen voor een kenbare groep.¹³⁷

Het EVRM kan voor Nederland gezien worden als een grondwet en het EHRM als een soort constitutioneel hof. Rosanvallon zou het EVRM kunnen omschrijven als een uiting van het ‘princiële volk’.¹³⁸ De rechten uit het EVRM werken als een ieder verbindende verdragsbepalingen via artikel 93 en 94 van de Grondwet door in de Nederlandse rechtsorde. Daarbij zorgt artikel 120 Grondwet ervoor dat de rechter ook meer gaat focussen op de rechten uit het EVRM. Dit creëert een soort afhankelijkheid van het EVRM.¹³⁹ De wetgever heeft normaal gesproken de mogelijkheid om een rechterlijk oordeel te weerspreken.¹⁴⁰ Deze correctiemogelijkheid van de rechter door de (grond)wetgever wordt echter begrensd door bijvoorbeeld het EVRM.¹⁴¹ Voor ‘het volk’ lijken er weinig effectieve maatregelen beschikbaar om invloed uit te oefenen op de rechten en de interpretatie van het EVRM.

3.3 De concretisering van de verplichtingen van de Staat

Ook bij het bepalen van de concrete verplichtingen van de Staat maakt de Hoge Raad gebruik van de *common ground*-methode.¹⁴² De uitspraak van de Hoge Raad staat of valt met zijn oordeel over de wetenschappelijke inzichten over de klimaatcrisis.¹⁴³ De Hoge Raad wordt zelfs

¹³³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.3.4 (*Urgenda*).

¹³⁴ Leijten, *O&A* 2020/3.

¹³⁵ Gerards, *NTM/NJCM-bull.* 2004, p. 93-122.

¹³⁶ Backes & Van der Veen, *AB* 2020/24.

¹³⁷ De Graaf & Marseille, *AA* 2020/0955.

¹³⁸ Zie 1.2.3.

¹³⁹ Leijten, *AA* 2020/0901.

¹⁴⁰ Besselink, *TvCR* 2020/2.

¹⁴¹ Raad van State, ‘Jaarverslag 2019’, *Raad van State* 7 mei 2020, jaarverslag.raadvanstate.nl/2019

¹⁴² Kuiper-Slendeboek, *TvVP* 2020/1.5.

¹⁴³ Backes & Van der Veen, *AB* 2020/24; De Graaf & Marseille, *AA* 2020/0955; Bergkamp, *TGMA* 2020/3.

beticht van 'sciëntisme': het idee dat een samenleving volledig op basis van objectieve wetenschap kan worden ingericht.¹⁴⁴

De wetenschappelijke eis van minimaal 25% emissiereductie baseert de Hoge Raad op rapporten van 'The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)'. Het mandaat van het IPCC is om beleidsrelevante informatie te leveren over klimaatverandering.¹⁴⁵ Daarbij heeft de regering een rol in het reviewen van IPCC-documenten.¹⁴⁶ De rapporten van het IPCC worden geschreven door wetenschappers. Bij de IPCC-rapporten wordt ook een 'summary for policymakers' geschreven. Bij het schrijven van deze samenvatting zijn ook de nationale overheden betrokken: "Zij moeten zich kunnen vinden in de tekst."¹⁴⁷ Dus ondanks dat het IPCC gebaseerd is op de wetenschap heeft de uitkomst ook een grote beleidsmatige component waarbij de nationale regering invloed kan uitoefenen.

Meyer, die mee heeft geschreven aan diverse IPCC-rapporten, schreef in 2016 dat het Urgenda-vonnis een goede wetenschappelijke onderbouwing mist.¹⁴⁸ Dit is ook van toepassing op de uitspraak van de Hoge Raad, omdat de feiten vrijwel onveranderd zijn gebleven. Het begint met de 2-gradendoelstelling. Deze is niet afkomstig van het IPCC. De reden dat het IPCC al in 2007 wel ingaat op de haalbaarheid van de 2-gradendoelstelling komt omdat de EU onder het VN-klimaatverdrag al in 1996 de 2-gradendoelstelling als beleidsdoel had gekozen.¹⁴⁹ De geëiste emissiereductie van 25-40% komt uit een tabel van het 4e assessment report van het IPCC.¹⁵⁰ In de samenvatting voorafgaande aan deze tabel wordt echter gesproken van een reductie van 10-40%.¹⁵¹ De cijfers uit de tabel werden niet stevig genoeg bevonden om in de samenvatting van het gehele rapport te worden opgenomen, omdat ze waren gebaseerd op een klein aantal scenario's die in de literatuur tot 2006 gepubliceerd waren.¹⁵²

We zien hier dus dat het IPCC zelf geen normen, standaarden of specifieke maatregelen voorstelt. Dit is een op waarden gebaseerde afweging die door beleidsmakers wordt bepaald.¹⁵³ Deze invloed is ook terug te zien bij de totstandkoming van de verschillende IPCC-rapporten. In het vonnis van de Hoge Raad is dus zichtbaar dat waarde- en beleidsoordelen worden vermomd als wetenschappelijke feiten.¹⁵⁴

¹⁴⁴ Bergkamp, *Opinie* 19 januari 2020.

¹⁴⁵ Meyer, *M en R* 2016/36; 'Principles Governing IPCC Work', ipcc.ch/documentation/procedures/

¹⁴⁶ 'Principles Governing IPCC Work', ipcc.ch/documentation/procedures/

¹⁴⁷ Brugh, *NRC* 26 september 2019.

¹⁴⁸ Meyer, *M en R* 2016/36.

¹⁴⁹ Meyer, *M en R* 2016/36, zie noot 8.

¹⁵⁰ Metz, Davidson, Bosch e.a. 2007, p. 776.

¹⁵¹ Metz, Davidson, Bosch e.a. 2007, p. 748.

¹⁵² Meyer, *M en R* 2016/36.

¹⁵³ Meyer, *M en R* 2016/36.

¹⁵⁴ Bergkamp, *TGMA* 2020/3.

3.4 Het door de Staat gevoerde beleid

De emissiereductie van minimaal 25% baseert de Hoge Raad niet alleen op de 'klimaatwetenschap', maar ook op de internationale consensus en het beleid en de uitspraken van de Nederlandse regering.¹⁵⁵ Bij een brief van 12 oktober 2009 heeft de toenmalige minister van het voormalig ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) de Tweede Kamer laten weten: "Het totaal aan emissiereductie dat de ontwikkelde landen tot nu toe hebben aangeboden, blijft onvoldoende om de 25-40% reductie in 2020 te bereiken, die nodig is om op een geloofwaardig traject te blijven om de 2-gradendoelstelling binnen bereik te houden."¹⁵⁶ Na 2011 is het Nederlandse reductiedoel bijgesteld naar een reductie, in EU-verband, van 20%.¹⁵⁷ Dit was de reden voor Urgenda om naar de rechter te stappen; zij vonden deze doelstelling namelijk onvoldoende.¹⁵⁸

Uit de brief van de minister van VROM van 2009 blijkt volgens de Hoge Raad dat de Staat van mening is dat een reductie van 25-40% in 2020 nodig is om op een geloofwaardig traject te blijven om de 2-gradendoelstelling binnen bereik te houden.¹⁵⁹ De Staat verantwoordt het naar beneden bijstellen van de doelstelling van 2020 naar 20% door te stellen dat een reductie met 25-40% in 2020 niet nodig is, omdat door een versnelde vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in Nederland na 2020 hetzelfde resultaat kan worden bereikt.¹⁶⁰ De Hoge Raad verwacht van de Staat dat hij motiveert waarom hij het huidige beleid, dat gericht is op een reductie van 20% in 2020, toch verantwoord acht. Hierin slaagt de Staat volgens de Hoge Raad niet, omdat de Staat geen inzicht geeft in welke maatregelen hij voornemens is te nemen in de komende jaren.¹⁶¹

Deze redenering van de Hoge Raad kan door een mensenrechtenbril gezien worden als een 'recht op rechtvaardiging', oftewel *culture of justification*. Bij *culture of justification* staat het idee centraal dat het aan de Staat is om verantwoording af te leggen en zijn doen en laten te rechtvaardigen. Een *culture of justification* staat voor een cultuur waarin elke uitoefening van macht gerechtvaardigd moet worden. De uitoefening van macht en/of de controle van de macht door een democratisch verkozen meerderheid alleen is niet voldoende. Hiernaast is het vereist dat het doen en laten van de overheid wordt omkleed met voldoende en overtuigende redenen.¹⁶² Bij een *culture of justification* staat niet zozeer de precieze inhoud van fundamentele mensenrechten centraal, maar eerder de verantwoording voor de inmenging in individuele

¹⁵⁵ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 7.2.1-7.5.3 (*Urgenda*).

¹⁵⁶ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 2.1 onder (27) (*Urgenda*).

¹⁵⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 2.1 onder (28) (*Urgenda*).

¹⁵⁸ Bleeker, *NTBR* 2020/6.

¹⁵⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 7.4.1 (*Urgenda*).

¹⁶⁰ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 7.4.2 (*Urgenda*).

¹⁶¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 7.4.6 (*Urgenda*).

¹⁶² Leijten, *RMThemis* 2020/2; Leijten, *O&A* 2020/3.

belangen.¹⁶³ Deze *culture of justification* vertoont overeenkomsten met de ‘tegendemocratie’ van Rosanvallon: het uitoefenen van een vorm van toezicht op representatieve organen van de Staat.

3.5 De taakverdeling tussen de rechter, regering en wetgever

De rechter kan de Staat veroordelen tot de nakoming van zijn rechtsplicht die op grond van artikel 2 en 8 EVRM op hem rust, tenzij er een uitzondering bestaat overeenkomstig artikel 3:296 BW. Eén van deze uitzonderingen is de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het geven van een bevel tot wetgeving. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar het Waterpakt-arrest:¹⁶⁴ “Deze rechtspraak berust op twee overwegingen. In de eerste plaats is dat de overweging dat de rechter zich niet in de politieke besluitvorming dient te begeven die bij de totstandkoming van wetgeving aan de orde is. In de tweede plaats is dat de overweging dat door een dergelijk bevel een regeling in het leven moet worden geroepen die ook voor andere dan de procespartijen geldt.”¹⁶⁵ Met betrekking tot de eerste overweging zegt de Hoge Raad dat dit niet inhoudt dat de rechter in het geheel niet op het terrein van de politieke besluitvorming mag komen. De rechter is namelijk op grond van artikel 94 Grondwet gehouden om wetgeving buiten toepassing te laten als een ieder verbindende bepalingen van verdragen dat met zich meebrengen.¹⁶⁶ Met betrekking tot de tweede overweging zegt de Hoge Raad dat dit zich niet voordoet bij het geven van een algemeen bevel tot het nemen van maatregelen. De wetgever heeft dan nog steeds de vrijheid om al dan niet wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen. De rechter bepaalt door het geven van zijn bevel niet de inhoud van de (eventuele) wettelijke regeling, want dit blijft voorbehouden aan de wetgever.¹⁶⁷ De Hoge Raad komt tot de conclusie dat de rechter een bevel kan geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.¹⁶⁸

¹⁶³ Leijten, AA 2020/0901.

¹⁶⁴ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.2 (*Urgenda*).

¹⁶⁵ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.3 (*Urgenda*).

¹⁶⁶ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.4 (*Urgenda*).

¹⁶⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.5 (*Urgenda*).

¹⁶⁸ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.6 (*Urgenda*).

De verboden-wetgevingsbeveldoctrine verschuift in Urgenda subtiel ten opzichte van het Waterpakt-arrest.¹⁶⁹ In het Waterpakt-arrest zei de Hoge Raad dat of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en de afweging van de erbij betrokken belangen.¹⁷⁰ In het SGP-arrest verschuift het object van de politieke besluitvorming subtiel naar de inhoudelijke keuze welke maatregel de Staat dan moet nemen.¹⁷¹ Uit het Urgenda-arrest blijkt dat het voor de rechter wel is toegestaan om een bevel te geven aan de Staat, als dit maar geen bevel is om wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen.¹⁷²

¹⁶⁹ Uzman & Boogaard, O&A 2020/4.

¹⁷⁰ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, r.o. 3.5, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*).

¹⁷¹ Uzman & Boogaard, O&A 2020/4; HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, r.o. 4.6.2, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

¹⁷² Uzman & Boogaard, O&A 2020/4.

4. Een aanvaardbare verhouding?

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de verhouding waarin de Hoge Raad is komen te staan tot de Nederlandse staat een ondermijning vormt van de Nederlandse democratische rechtsstaat. Hier probeer ik antwoord op te vinden door de verschillende 'spelers' die betrokken zijn bij de Urgenda-uitspraak te behandelen en bij iedere 'speler' te beoordelen welke invloed het volk zou kunnen uitoefenen.

4.1 Procederende actiegroepen

Als we kijken naar procederende actiegroepen zoals Urgenda, dan kunnen we Urgenda beschrijven als een manifestatie van het 'evenementiële volk'.¹⁷³ De wetgever heeft dit 'evenementiële volk' door middel van het actierecht van artikel 3:305a BW de mogelijkheid gegeven om in rechte op te komen voor 'het algemeen belang'. Het merkwaardige hieraan is dat Urgenda zelf haar 'algemeen belang' kan bepalen. Het is niet nodig dat Nederlandse ingezetenen zich scharen achter het 'algemeen belang' van Urgenda. Zij hoeven zich niet aan te sluiten bij Urgenda of op een andere wijze aan te geven dat zij vertegenwoordigd willen worden door Urgenda. Ook aangeven dat zij in het geheel niet (meer) vertegenwoordigd willen worden door Urgenda, een 'opt-out', is niet mogelijk. Het is voor de rechter slechts belangrijk of er sprake is van 'gelijksoortige belangen' die gebundeld en vertegenwoordigd kunnen worden door de actiegroep.

In de huidige vorm van het Nederlandse actierecht is de actiegroep dus niet afhankelijk van het volk en hoeft zij dus op geen enkele wijze verantwoording af te leggen aan het volk. Het volk heeft dus weinig tot geen controlemogelijkheden om invloed uit te oefenen. Deze onmogelijkheid tot controle zorgt er ook voor dat het voeren van een publiek debat binnen het 'evenementiële volk' wordt belemmerd. Er hoeft eigenlijk niet geluisterd te worden naar de wil van 'het volk'. Dit is ook de reden dat democratische zelfcorrectie binnen het 'evenementiële volk' dat gebruik maakt van actierecht van artikel 3:305a BW niet mogelijk is.

¹⁷³ Zie 1.2.3.

4.2 De rechtsprekende macht

Het is de wetgever zelf die de rechter bij Urgenda heeft gedwongen om een uitspraak te doen. Dit komt door de passieve houding van de wetgever, artikel 3:305a BW, de internationale verhouding van de rechter en de verhouding van de artikelen 93, 94 en 120 van de Grondwet. Bij Urgenda maakt de Hoge Raad gebruik van de artikelen 2 en 8 van het EVRM.¹⁷⁴ Het EVRM kan worden gezien als een uiting van het 'principiële volk'. Het 'principiële volk' vertegenwoordigt een historische constructie, waardoor het een tegenmacht vormt voor de kortstondige realiteit van het 'electorale volk'.¹⁷⁵ Doordat het volk vrijwel geen invloed kan uitoefenen op de vertegenwoordiging van het 'principiële volk' die het EVRM moet vertegenwoordigen, is het EVRM naar mijn mening geen goede representatie van het 'principiële volk'. Dit 'principiële volk' zie ik wel terug in de Nederlandse Grondwet. Hier kan het volk wel invloed op uitoefenen door de Grondwet te wijzigen. Dit gebeurt in twee lezingen en met een twee derde meerderheid van de stemmen.¹⁷⁶ In wezen is er dus sprake van een aangescherpte meerderheid van het 'electorale volk'. Het creëert echter wel die historische constructie die een tegenmacht vormt voor de kortstondige realiteit van het 'electorale volk'. Dus via de Nederlandse Grondwet is controle, invloed en democratische zelfcorrectie mogelijk.

De Hoge Raad beoordeelt ook het door de Staat gevoerde beleid en komt tot de conclusie dat de Staat zijn 'onverstandige' beleid onvoldoende heeft kunnen motiveren. De controle van dit beleid gebeurt op basis van de vaststelling van datgene wat de Staat minimaal zou moeten doen volgens de Hoge Raad op basis van de artikelen 2 en 8 EVRM.¹⁷⁷ Uit oogpunt van 'tegendemocratie' juich ik het toe dat een rechter kritisch is op het door de Staat gevoerde beleid. Hiervoor moet de rechter naar mijn mening wel het 'principiële volk' vertegenwoordigen. Dit gebeurt vrijwel niet als de Hoge Raad gebruik maakt van het EVRM.

Daarnaast tast de uitspraak van de Hoge Raad het vertrouwensbeginsel tussen de gekozen volksvertegenwoordiging en de regering aan. De regering kan, voor wat betreft de verplichting tot het nemen van maatregelen, verwijzen naar de uitspraak en zo zijn verantwoordelijkheid 'ontlopen'.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Zie 3.2.

¹⁷⁵ Zie 1.2.3.

¹⁷⁶ artikel 137 van de Grondwet

¹⁷⁷ Zie 3.4.

¹⁷⁸ Teunissen, *Wynia's Week* 28 december 2019.

4.3 De uitvoerende macht

De uitvoerende macht is degene die zich in internationaal verband heeft gecommitteerd om bepaalde klimaatdoelen te halen. Op het zich niet voldoende inspannen om deze klimaatdoelen te behalen lijkt de uitvoerende macht te worden afgerekend door de rechter. De regering is verantwoording verschuldigd aan de volksvertegenwoordiging. Als de volksvertegenwoordiging het niet eens was met de grote klimaatambities van de regering had zij actie kunnen ondernemen.

Voor het volk zelf geldt dat het de minste invloed kan uitoefenen op de uitvoerende macht, omdat de uitvoerende macht het verst verwijderd is van het volk. De 'kortste route' lijkt om door tussenkomst van de rechter de regering ter verantwoording te roepen. Dit is ook gebeurd bij Urgenda, maar veel verder dan het starten van een juridische procedure lijkt de invloed niet te gaan.

4.4 De wetgevende macht

De wetgever heeft er eigenlijk zelf voor gezorgd dat de rechter in de positie kwam waarin hij gedwongen werd om een beslissing te nemen over het gevoerde klimaatbeleid. Dit heeft de wetgever veroorzaakt door zijn passieve houding, het actierecht van artikel 3:305a BW en de verhouding tussen artikelen 93, 94 en 120 van de Grondwet en de internationale verhouding waarin de Nederlandse rechter is komen te staan.

Bij de wetgevende macht is het voor 'het volk' mogelijk om de meeste invloed uit te oefenen. Er is mogelijkheid tot publiek debat, controle, invloed en democratische zelfcontrole. Dit wordt echter allemaal belemmerd door de invloed van politieke partijen, regeerakkoorden en partijdiscipline. Dit heeft mogelijk ook de passiviteit van de wetgever veroorzaakt.

4.5 Aanvaardbare verhouding?

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat 'het volk' in zijn verschillende hoedanigheden vrijwel geen invloed en controle heeft kunnen uitoefenen. Er was vrijwel geen sprake van een publiek debat en de mogelijkheid tot democratische zelfcorrectie is ook beperkt. De verhouding waarin de Hoge Raad is komen te staan tot de Nederlandse Staat bij de Urgenda-uitspraak vormt dus een ondermijning van de Nederlandse democratische rechtsstaat.

De toegangsdrempel voor actiegroepen bij de rechter is te laag. Het EVRM vertegenwoordigt niet het 'principiële volk'. Controle, invloed en de mogelijkheid tot correctie is ook niet mogelijk bij het EVRM. De uitspraak van de Hoge Raad tast ook de vertrouwensregel gedeeltelijk aan. De regering is voor wat betreft de verplichting tot het nemen van maatregelen geen verantwoording meer verschuldigd aan de volksvertegenwoordiging.

In principe is het voor het volk mogelijk om controle en invloed uit te oefenen door middel van een publiek debat via de volksvertegenwoordiging. De volksvertegenwoordiging lijkt verminderd te functioneren door politieke partijen, regeerakkoorden en partijdiscipline.

Door het actierecht van artikel 3:305a BW aan te passen en het mogelijk te maken voor de rechter om te toetsen aan de Nederlandse grondwet is het mogelijk om de Nederlandse democratie te versterken.

De democratie staat echter nog niet onder curatele van de rechter. Een teken aan de wand zal het moment zijn waarop politieke partijen zelf hun eigen juridische actiegroepen gaan vormen of bepaalde actiegroepen gaan steunen.¹⁷⁹ Dan dreigen we te belanden in een situatie waarin er geen publiek debat meer plaatsvindt. Het gevoerde beleid wordt passief goedgekeurd tot het moment dat een burger of een gedeelte van 'het volk' van mening is dat de overheid te tekort schiet. Vervolgens is het aan de rechter om het geschil te beslechten en de overheid tot verantwoording te roepen. Wat wordt dan de rol van de gekozen volksvertegenwoordiging?

¹⁷⁹ Bergkamp, *Opinie* 19 januari 2020

Conclusie

Rosanvallon bedoelt met de democratie vooral de gekozen vertegenwoordigers, het kiesrecht en de verkiezingen. Deze democratie is gebaseerd op een drietal (onjuiste) aannames: (1) de kiezers zijn het gehele volk, (2) de keuze van de kiezers is de wil van het gehele volk, (3) de daaropvolgende politieke en wetgevende activiteiten worden gezien als uitoefening van de wil van het volk. Deze aannames zorgen voor wantrouwen in het functioneren van de democratie, omdat de meerderheid die wordt verkozen door het volk niet de wil van het gehele volk vertegenwoordigt.

De vormen van wantrouwen zijn te onderscheiden in het liberale wantrouwen en het democratische wantrouwen. Bij het liberale wantrouwen is het doel om een concentratie van macht te voorkomen. Bij het democratische wantrouwen is het doel om erop toe te zien dat de gekozen macht haar beloften nakomt.

Door de behoefte van 'het volk' om (meer) invloed uit te kunnen oefenen op de (tijdelijke) meerderheid zijn er verschillende vormen van 'tegendemocratie' ontstaan. Eén vorm van 'tegendemocratie' is 'het volk als rechter'. Een gerechtelijke uitspraak is een aantrekkelijk middel voor het volk. Rosanvallon geeft verschillende betekenissen aan 'het volk'. Zo beschrijft hij het 'electorale volk' als het volk dat door middel van verkiezingen de meerderheid bepaalt en hij beschrijft het 'principiële volk' als een vertegenwoordiging van historische principes die terug zijn te vinden in een grondwet. Een rechtbank of constitutioneel hof kan ervoor zorgen dat 'het volk als principe' wordt vertegenwoordigd tegenover het (kortstondige) 'electorale volk'. Volgens Rosanvallon vormen de 'democratie' en 'tegendemocratie' samen een geheel waarbij de 'tegendemocratie' de 'democratie' versterkt.

Er is ook commentaar op het gedachtegoed van Rosanvallon. Het commentaar heeft te maken met het feit dat hij het belang miskent van een publiek debat waarbij burgers met elkaar van mening kunnen verschillen.

In het systeem van de Nederlandse democratische rechtsstaat ligt besloten dat een verkozen volksvertegenwoordiging controle uitoefent op de regering. Nederland heeft een vertegenwoordigende democratie. Het publieke debat en de onafhankelijkheid van de volksvertegenwoordigers zijn belangrijke elementen van de Nederlandse democratische rechtsstaat. In de Nederlandse democratische rechtsstaat is het niet aan de rechter om de Grondwet uit te leggen, maar aan de volksvertegenwoordiging. Desondanks is de Nederlandse rechter via artikel 94 Grondwet verplicht om de grondrechten in het EVRM direct toe te passen.

Democratie houdt in dat de burger invloed kan uitoefenen op de manier waarop hij wordt bestuurd. Deze invloed kan de burger voornamelijk uitoefenen door periodiek te stemmen op zijn favoriete volksvertegenwoordiger. Door de invloed van politieke partijen, regeerakkoorden en fractiediscipline lijkt de daadwerkelijke invloed die het volk kan uitoefenen

op de volksvertegenwoordiging af te nemen. Daarnaast zorgen politieke partijen, regeerakkoorden en fractiediscipline ervoor dat de controlerende functie van de volksvertegenwoordiging afneemt. Ook is de opkomst van politieke partijen van invloed op het voeren van een publiek debat in de Tweede Kamer doordat volksvertegenwoordigers in meer of mindere mate afhankelijk zijn van een politieke partij.

Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag is het belangrijk om vast te stellen wanneer er sprake is van een ondermijning van de Nederlandse democratische rechtsstaat. In mijn optiek is het volgende van belang om te spreken van een democratie: men moet terug kunnen komen op eerder genomen besluiten (democratische zelfcorrectie), er moet sprake zijn van een publiek debat en er moet controle kunnen worden uitgeoefend op de macht.

Urgenda werd ontvankelijk geacht in haar vordering op basis van artikel 3:305a BW. Dit artikel maakt een collectieve actie mogelijk door belangenorganisaties die opkomen voor 'het algemeen belang'. Artikel 3:305a BW heeft dus de juridische deur open gezet voor 'het volk als rechter'. Artikel 3:305a BW vereist geen toestemming van de Nederlandse ingezetenen in wier naam Urgenda het 'algemeen belang' vertegenwoordigt en zelfs een 'opt-out' is niet mogelijk. Soortgelijke acties, een *actio popularis*, zijn bij het EHRM niet mogelijk. De rechten uit het EVRM zijn meer toegespitst op individuele gevallen dan op 'algemene zaken'.

Door middel van de *common ground*-methode slaat de Hoge Raad een brug tussen de interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM en (niet bindende) internationale afspraken die zijn gebaseerd op inzichten uit de wetenschap. Het EVRM kan gezien worden als een grondwet en het EHRM als een soort constitutioneel hof. De conclusie kan dan getrokken worden dat het EVRM een uiting is van het 'principiële volk'. De wetgever heeft normaal gesproken de mogelijkheid om een rechterlijk oordeel te weerspreken. Dit is niet zozeer het geval bij een uitspraak van het EHRM. 'Het volk' kan dus vrijwel geen invloed uitoefenen op de rechten en de interpretatie van het EVRM.

De Hoge Raad is tot het concrete terugdringingspercentage van 25% gekomen door zijn interpretatie van de op de wetenschap gebaseerde IPCC-rapporten en internationale consensus die blijkt uit de gesloten klimaatverdragen. Hiermee heeft de Hoge Raad invulling gegeven aan de interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM. Het IPCC zelf stelt echter geen normen, standaarden of specifieke maatregelen voor. Deze afwegingen zijn op waarden gebaseerd en worden bepaald door beleidsmakers. Ook bij de totstandkoming van de IPCC-rapporten hebben de beleidsmakers een grote invloed. De wetenschap waar de Hoge Raad het terugdringingspercentage van 25% op baseert zijn dus grotendeels politieke besluiten.

De Hoge Raad bespreekt ook uitvoerig het door de Nederlandse Staat gevoerde beleid. Deze redenering van de Hoge Raad kan worden gezien als een 'recht op rechtvaardiging': de uitoefening van macht en/of controle van de macht door een democratisch verkozen meerderheid alleen is niet voldoende. Hiernaast is het vereist dat het doen en laten van de

overheid wordt omkleed met voldoende en overtuigende redenen. Hier zijn veel overeenkomsten in te onderkennen met de 'tegendemocratie' van Rosanvallon.

Verder is in het Urgenda-arrest zichtbaar dat de verboden-wetgevingsdoctrine subtiel verschuift ten opzichte van het Waterpakt-arrest. Uit het Urgenda-arrest blijkt dat het voor de rechter wel is toegestaan om een bevel te geven aan de Staat, als dit maar geen bevel is om wetgeving met een bepaalde inhoud tot stand te brengen.

In de huidige vorm van het Nederlandse actierecht van artikel 3:305a BW is de actiegroep niet afhankelijk van 'het volk' dat zij pretendeert te vertegenwoordigen en hoeft de actiegroep dus ook geen verantwoording af te leggen aan het door haar vertegenwoordigde volk. Dit belemmert ook de mogelijkheden tot het voeren van een publiek debat. Het volk heeft dus weinig mogelijkheden om invloed uit te oefenen op een actiegroep.

Doordat de Hoge Raad toetst aan de artikelen 2 en 8 EVRM in het Urgenda-arrest vertegenwoordigt de Hoge Raad niet het 'principiële volk', omdat het volk weinig tot geen invloed kan hebben op het EHRM en de rechten van EVRM. Dat de Hoge Raad van de Staat verlangt dat hij zijn 'onverstandige' beleid voldoende verantwoordt is toe te juichen vanuit het idee van 'tegendemocratie'. Alleen nu dit gebeurt op grond van de artikel 2 en 8 EVRM is dit niet uit naam van het 'principiële volk'. Dit was wel het geval geweest als de Hoge Raad de mogelijkheid had gehad om te toetsen aan de Nederlandse Grondwet, omdat het volk via de grondwetgever hier wel invloed op kan uitoefenen.

Daarnaast tast de uitspraak van de Hoge Raad het vertrouwensbeginsel aan. De regering kan voor wat betreft de verplichting tot het nemen van maatregelen verwijzen naar de verplichting die hij heeft gekregen van de Hoge Raad en zo zijn verantwoordelijkheid ontlopen.

De regering is uiteindelijk het orgaan geweest dat zich in internationaal verband heeft gecommitteerd aan bepaalde klimaatdoelen. 'Het volk' zou via de gekozen volksvertegenwoordiging invloed kunnen uitoefenen op de regering. Als de volksvertegenwoordiging niet juist handelt naar de mening van 'het volk', lijkt de 'kortste route' voor 'het volk' om door tussenkomst van de rechter de regering tot verantwoording te roepen.

De wetgever heeft er eigenlijk zelf voor gezorgd dat de rechter in de positie is gekomen waarin de rechter werd gedwongen om een beslissing te nemen over het gevoerde klimaatbeleid. Dit heeft te maken met de passieve houding van de wetgever, het actierecht van artikel 3:305a BW, de verhouding tussen de artikelen 93, 94 en 120 van de Grondwet en de internationale verhouding waarin de Nederlandse rechter is komen te staan.

'Het volk' heeft bij de wetgevende macht in theorie de meeste mogelijkheden tot het uitoefenen van macht. Er is mogelijkheid tot publiek debat, controle, invloed en democratische

zelfcontrole. Dit wordt wel enigszins belemmerd door de invloed van politieke partijen, regeerakkoorden en partijdiscipline.

Na het onderzoek van de invloed die 'het volk' kan uitoefenen op de actiegroep, de rechtspraak, de uitvoerende macht en de wetgever kom ik tot de conclusie dat 'het volk' vrijwel geen of slechts beperkt invloed kan uitoefenen. Het voeren van publiek debat is alleen mogelijk via de wetgever, maar dit wordt beperkt door de invloed van politieke partijen, regeerakkoorden en partijdiscipline.

De verhouding waarin de Hoge Raad is komen te staan tot de Nederlandse Staat kan ook niet worden gezien als een vorm van 'tegendemocratie'. De verhouding erodeert zelfs aan het vertrouwensbeginsel, waardoor gesteld kan worden dat er aan democratie wordt ingeleverd. De verhouding waarin de Hoge Raad is komen te staan tot de Nederlandse Staat bij de Urgenda-uitspraak vormt dus een ondermijning van de democratische rechtsstaat. Dit was mogelijk anders geweest als de Hoge Raad de mogelijkheid had om te toetsen aan de Grondwet en/of er hogere drempels werden opgeworpen voor de toegang van actiegroepen tot de rechter.

Literatuurlijst

Belinfante, de Reede, Dragstra e.a. 2015

A.D. Belinfante, J.L. de Reede, L. Dragstra e.a., *Beginnelsen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Van den Bergh 1936

G. van den Bergh, *De democratische Staat en de niet-democratische partijen* (oratie Amsterdam UVA), Amsterdam: De Arbeiderspers 1936.

Backes & Van der Veen, AB 2020/24

Ch. W. Backes & G. A. Van der Veen, annotatie bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24.

Bergkamp, TGMA 2020/3

L. Bergkamp, 'Het klimaat arrest van de Hoge Raad - de structuur en functie van een revolutie', *Tijdschrift Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2020, afl. 3, p. 5-21.

Bergkamp, Opiniez 19 januari 2020

L. Bergkamp, 'Urgendazaak: Hoge Raad zet Grondwet opzij (1)', *Opiniez.com* 19 januari 2020.

Berlin 2018

I. Berlin, *Twee Opvattingen van Vrijheid. Het gaat hier niet om twee interpretaties van één begrip, maar om sterk afwijkende, onverenigbare houdingen ten opzichte van de doeleinden van het leven*, Amsterdam: Boom 2018

Besselink, TvCR 2020/2

L.F.M. Besselink, 'Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2020/2, p 128-151

Bleeker, NTBR 2020/6

T.R. Bleeker, 'HR Urgenda: klimaatverandering en het klimaatbevel nader bekeken', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2020/6, p. 42-53.

Bos 2018

R. Bos, 'Democratie door de bril van rechtsgeleerden', in H. Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 29-60.

Brugh, NRC 26 september 2019

M. aan de Brugh, 'Het IPCC laat zin voor zin goedkeuren', *NRC* 26 september 2019.

Burkens, Kummeling, Vermeulen e.a. 2017

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Cox 2011

R.H.J. Cox, *Revolutie met recht. "De revolutie waar iedereen recht op heeft, zal met een beroep op het recht ook een revolutie worden."*, Maastricht: Planet Prosperity Foundation 2011.

Gerards, NTM/NJCM-bull. 2004, p. 93-122

J. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten bulletin* 2006, afl. 1, p. 93-122.

Van Gestel & Loth, AA 2019/0647

R. van Gestel & M. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van public interest litigation', *Ars Aequi* 2019, p. 647-655.

De Graaf & Marseille, AA 2020/0955

K.J. De Graaf & A.T. Marseille, 'Van 'waar bemoeit die rechter zich mee?' tot 'res loquitur ipsa'. De Urgenda-zaak bij de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2020, p. 955-960.

Heldeweg, Schlössels & Seerden, RMThemis 2000/2

M.A. Heldeweg, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden, 'De kwadratuur van de algemeen belangactie? Over de legitimiteit van algemeen belangacties in democratisch-rechtsstatelijk en rechtsvergelijkend perspectief', *Rechtsgeleerdheid Magazijn THEMIS* 2000, afl. 2, p. 43-58.

Heringa, M en R 2016/34

A.W. Heringa, 'Rechter en politiek: verzaak de politiek/wetgever of dient de rechter juist het belang van de wetgever?', *Milieu en Recht* 2016/34, afl. 3, p. 34-35.

Heringa, Van der Velde, Verhey e.a. 2018

A.W. Heringa, J. Van der Velde, L.F.M. Verhey, W. Van der Woude, *Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2018

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016.

Kuiper-Slendeboek, TvVP 2020/1.5

B. A. Kuiper-Slendeboek, 'Opwarming van het klimaat als onrechtmatige daad?', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2020/1.5, afl. 1, p. 25-30.

Kuiper-Slendeboek, NLJP 2020/49

B. A. Kuiper-Slendeboek, 'Nationale constitutie versus internationale jurisdictie? De rol van de rechter vanuit internationaalrechtelijk perspectief', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2020/49, afl. 2, p. 218-234.

Leijten, NQHR 2019/2

A.E.M. Leijten, 'Human Rights v. Insufficient Climate Action: the *Urgenda* case', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2019, afl. 2, p. 112-118.

Leijten, AA 2020/0901

A.E.M. Leijten, 'De evolutie van mensenrechten en haar wisselwerking met de trias', *Ars Aequi* 2020, p. 901-910.

Leijten, O&A 2020/3

A.E.M. Leijten, 'Urgenda, het EVRM, en het recht op een rechtvaardiging voor overheidsbeleid', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2020, afl. 1, p. 5-7.

Leijten, RMThemis 2020/2

A.E.M. Leijten, 'II. Het recht op een rechtvaardiging en hoe de Hoge Raad in *Urgenda* de bescherming van fundamentele rechten serieus neemt', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2020, afl. 2, p. 94-99.

Metz, Davidson, Bosch e.a. 2007

B. Metz, O. Davidson, P. Bosch e.a., *Climate Change 2007 Mitigation: Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press: Cambridge.

Meyer, M en R 2016/36

L. Meyer, 'Urgenda-vonnis ontbeert goede wetenschappelijke onderbouwing', *Tijdschrift voor Milieu en Recht* 2016/36, p. 212-215.

Van der Pot, Elzinga, de Lange e.a. 2014

D.J. Elzinga, R. De Lange, H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Rosanvallon 2019

P. Rosanvallon, *De democratie denken. Werk in uitvoering*, Nijmegen: Vantilt 2019.

Rosanvallon 2011

P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy. Impartiality, reflexivity, proximity*, Princeton: Princeton University Press 2011.

Rosanvallon 2008

P. Rosanvallon, *Counter-democracy. Politics in an age of distrust*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

Spoormans, *Democratie ontrafeld* 2018

H. Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Spoormans, *Democratie als historisch verschijnsel* 2018

H. Spoormans, 'Democratie als historisch verschijnsel', in H. Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 277-315.

Spoormans, *Postdemocratie* 2018

H. Spoormans, 'Postdemocratie', in H. Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 219-248.

Spoormans, *De Uitholling van de Democratie* 2018

H. Spoormans, 'De Uitholling van de Democratie', in H. Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 189-217.

Tak 2017

T. Tak, *Democratie. In relatie tot Recht en Politiek*, Deventer: Kluwer 2017.

Tans 2018

O. Tans, 'Vertegenwoordigende democratie in Nederland: Een genealogie in vogelvlucht', in H. Spoormans (red.), *Democratie ontrafeld. Inzichten in hedendaags onbehagen*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 61-92.

Teunissen, *Wynia's Week* 28 december 2019

J.M.H.F. Teunissen, 'Schrap het salonpopulisme', *wyniasweek.nl* 28 december 2019.

Thorbecke 1848

Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Leiden: Van den Heuvel 1848.

Urbinati 2014

N. Urbinati, *Democracy Disfigured, Opinion, Truth, and the People*, Cambridge: Harvard University Press 2014.

Uzman & Boogaard, *O&A* 2020/4

J. Uzman & G. Boogaard, 'De Guldemonst/Noordwijkerhout van het wetgevingsbevel?', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2020/4, p. 8-10.

Witteveen, *RegelMaat* 2013, afl. 6, p. 377-385

W.J. Witteveen, 'Rosanvallon en de wet van de tegendemocratie', *RegelMaat*, afl. 6, p. 377-385.

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, NJ 2017/185, m.nt. E.J. Dommering (ROMAN ZAKHAROV v. RUSSIA)

Hoge Raad

HR 30 mei 1986, ECLI:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*)
HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*)
HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913, NJ 2004/679, m.nt. T. Koopmans
(*Faunabescherming/Friesland*)
HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*)
HR 10 oktober 2014, ECLI:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Rookverbod I*)
HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*)

Rechtbank

Rb. Den Haag (vzr.) 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013
Rb. Den Haag (vzr.) 25 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4461
Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856
Rb. Den Haag (vzr.) 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10755